



**Universidad Central de Venezuela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Centro de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Mercantil**

**La Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia y su Regulación en  
el Ordenamiento Jurídico Venezolano.  
Trabajo Especial de Grado, para optar al Título de Especialista en  
Derecho Mercantil.**

**Autora: Alejandra Martínez C.  
Tutora: Sonia Fernández**

Caracas, 26 de abril del 2013

**1. Título:** La Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia y su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.

**Resumen**

La franquicia es un sistema propio del desarrollo económico que ejerce hoy una fuerte influencia en el comercio. Su éxito ha generado que cada vez sea mayor el número de empresas que se incorporan a este formato, generando por esta vía un intenso intercambio comercial. Por su parte, muchos negocios locales han decidido transformar sus esquemas y han creado novedosos patrones con sabor local, bajo la convicción que esta modalidad permite, en muchos casos, una mayor rentabilidad y expansión de la marca. Para llevar a cabo el estudio se realizó una investigación con fuentes de carácter documental, puesto que la información fue recopilada a través de la consulta de trabajos previos, información y datos divulgados tanto en medios impresos de tipo bibliográfico como electrónicos. En este sentido la presente investigación asume como Objetivo General el Análisis de la Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia y su Regulación en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Ahora bien, la selección de una franquicia no es fácil, debido a que existe un gran número de ellas en el mercado, y elegir la más adecuada por afinidad e inversión resulta una tarea complicada. No obstante, ha sido presentada la franquicia como el modelo que ofrece mayores ventajas, así como una reducción de los riesgos al momento de contratar, porque se trata de un negocio probado, de innovación constante y asistencia técnica permanente, resultando difícil pensar en su desaparición en el tiempo, pues se trata de una forma de organización comercial que facilita la rápida expansión de los negocios y el dominio de los mercados. Es por ello que, antes de la celebración del contrato, las

negociaciones previas a su celebración tienen una importancia especial en cuanto a obtener toda aquella información relevante para ambas partes del contrato: franquiciador y franquiciado, con el fin de conocer todas las cuestiones que puedan afectar su relación de negocios. Es por ello que la regulación de los tratos preliminares en el contrato de franquicia ha merecido la atención del legislador español, quien le dedica la mayoría de las escasas normas existentes a la fase precontractual. Mientras que en Venezuela el sistema de franquicia no está regido por una ley específica que regule la actividad de ese formato comercial y de negocio, sino que se rige principalmente por el principio de autonomía de la voluntad entre las partes y la libertad contractual. En fin, surge el interés de analizar el modelo comercial de la franquicia y la conveniencia de implementar una regulación especial en Venezuela, por no existir lineamientos jurídicos de forma expresa que amparen la etapa de negociación dentro del contrato de franquicia, ni sus procedimientos y operaciones.

**Palabras Claves:** Contrato, Franquicia, Franquiciador, Franquiciado, Elementos Subjetivos, Elementos Objetivos, Fase Precontractual, Tratos Preliminares, Responsabilidad Precontractual, Regulación Legal.

**Title:** The pre-contractual phase in the franchise agreement and its regulation in the Venezuelan legal system.

### **Abstract.**

Franchising is a proprietary system of economic development that now exercises a strong influence in the trade. Its success has generated that increasing the number of companies that are incorporated into this format, generating in this way an intense commercial exchange. For their part, many

local businesses have decided to transform their schemes and have created new patterns with local flavor, under the conviction that this modality allows, in many cases, greater profitability and expansion of the brand. To carry out the study was carried out a research with sources of documentary nature, since the information was collected through the consultation of previous work, information and data disclosed in both print media and electronic bibliographic type. In this sense the present investigation assumes as general objective the analysis of the pre-contractual phase in the franchise agreement and its regulation in the Venezuelan legal system. However, the selection of a franchise is not easy, because there is a large number of them in the market, and choose the most suitable by affinity and investment is a complicated task. However, it has been submitted the franchise as the model that provides greater benefits, as well as a reduction in the risk at the time of hire, because it is a proven business, of constant innovation and ongoing technical assistance, proving difficult to think of his disappearance at the time, since it is a form of business organization that facilitates the rapid expansion of the business and the domain of the markets. That is why, before the conclusion of the contract, the negotiations prior to the meeting have a special importance in regard to obtain all the relevant information for both parties to the contract: franchisor and franchisee, in order to know all the issues that will affect your business relationship. That is why the regulation of the preliminary treatment in the franchise agreement has deserved the attention of the Spanish legislator, who dedicates the majority of the few existing standards to the pre-contractual phase. While that in Venezuela the franchise system is not governed by a specific law to regulate the activity of that format commercial and business, but that is mainly governed by the principle of autonomy between the parties and the contractual freedom. In the end, comes the interest to analyze the business model of the franchise and the convenience of implementing a special regulation in Venezuela, by not exist

legal guidelines expressly that protect the stage of negotiation within the franchise contract, or their procedures and operations.

**Keywords:** Contract, franchise, franchisor, franchisee, subjective elements, elements objectives, pre-contractual phase, preliminary treatment, pre-contractual liability, legal regulation.

## **2. Introducción**

En la actualidad con la aparición de la revolución tecnológica, y con ella las nuevas telecomunicaciones que permiten la simplificación de los negocios, y facilitan los procesos de información para la toma de decisiones, operándose en tiempo real y de forma no localizada, muchas veces hace desaparecer las largas negociaciones, sobre la base de una revalorización de la confianza y la buena fe como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual.

En este contexto, la doctrina moderna ha estado trabajando sobre la construcción de los deberes de conducta que deben ser observados por quienes intervienen en los mercados, sin importar si las negociaciones terminan en el tan anhelado acuerdo contractual o no. En la actualidad, estos deberes de conducta se presentan como fuentes de verdaderas obligaciones, los cuales si bien nacen con ocasión a unos principios generales, hoy día tutelan y acompañan el proceso de formación contractual, incluso cuando existen negociaciones o acercamientos preliminares.

De hecho la confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas; desde los inicios de las mismas negociaciones, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los procederes leales y correctos, los cuales

concurrir justo en el estado de la negociación para que las partes se entreguen confiadamente a la concreción de las expectativas que puedan tener, justificándose así la imposición del deber de lealtad.

Por esta razón, en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones. No obstante, la existencia de una negociación previa no necesariamente debe resultar en un contrato perfeccionado, es por ello, que la doctrina internacional ha asumido que en los tratos preliminares las partes están obligadas a actuar de buena fe, aún cuando no se llegue a celebrar el contrato, además en el caso de causar daños al inobservar esta conducta, se hace necesario reconocer la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Sin embargo, el progreso de la economía mundial ha traído consigo el desarrollo de procesos y herramientas comerciales, que impulsan las estructuras económicas al fomentar la diversificación, así como el crecimiento de la economía. Una de estas herramientas es la Franquicia, cuya dinámica y estructura de procesos se encuentra revolucionando la actividad comercial del mismo modo que los negocios a nivel mundial.

En ese mismo sentido, se ha dicho que la franquicia es un sistema propio del desarrollo económico que ejerce hoy una fuerte influencia en el comercio, pues promueve la creación de redes de establecimientos integrados y con ello la competitividad, así como también consigue eludir la presión de las grandes empresas multinacionales que controlan los mercados pues es un mecanismo propicio para dar cabida a los pequeños comerciantes y empresarios para que puedan ingresar a las redes de negocios cuyo éxito ya ha sido probado.

En efecto, el interés que despierta el negocio de las franquicias en Venezuela ha generado importantes inversiones provenientes de empresas extranjeras. Debido a este éxito, muchos negocios locales han decidido transformar sus esquemas y han creado novedosos patrones con sabor local, bajo la convicción que esta modalidad permite, en muchos casos, una mayor rentabilidad y expansión de la marca.

Ahora bien, la selección de una franquicia no es fácil, existe un gran número de ellas en el mercado, elegir la más adecuada por afinidad e inversión resulta una tarea complicada. No obstante, ha sido presentada la franquicia como el modelo que ofrece mayores ventajas, así como una reducción de los riesgos al momento de contratar, porque se trata de un negocio probado, de innovación constante y asistencia técnica permanente, siendo difícil pensar en su desaparición en el tiempo, pues se trata de una forma de organización comercial que facilita la rápida expansión de los negocios y el dominio de los mercados.

Actualmente, la figura de la franquicia no ha sido regulada por la legislación venezolana, sino que se rige principalmente por el principio de autonomía de la voluntad entre las partes y la libertad contractual, no por ello es una actividad que carece de base jurídica, sino que las normas a ser aplicadas se encuentran diseminadas en diversos instrumentos legales.

En fin, surge el interés en analizar el modelo comercial de las franquicias y la conveniencia de implementar una regulación legal especial en Venezuela, que permita dar a conocer la importancia que tienen las relaciones jurídicas entre el franquiciador y el franquiciante, así como el suministro de información relevante desde el mismo momento de las negociaciones entre ambos; ya que es precisamente esta información la que está vedada al que la solicita por no existir lineamientos jurídicos de forma expresa que amparen la etapa de negociación dentro del contrato franquicia,

ni sus procedimientos y operaciones, sin embargo, estas deben conocerse para estimar sus recursos y limitaciones, a fin de que el franquiciante pueda tomar una decisión bien sustentada.



### **3. Objetivos**

#### **Objetivo General**

Analizar la Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia y su regulación en el ordenamiento jurídico Venezolano.

#### **Objetivos Específicos**

- 1.- Describir el Contrato de Franquicia en la Doctrina Mercantil Internacional.
- 2.- Explicar la naturaleza de la Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia según la Doctrina Mercantil Internacional.
- 3.- Comparar la Regulación Legal que en materia de Tratos Preliminares existe para los Contratos de Franquicia en la Legislación Venezolana y Española.

#### **4. Preguntas de la Investigación:**

- 1.- ¿Cómo define el Contrato de Franquicia la Doctrina Mercantil?
- 2.- ¿Los tratos preliminares entre Franquiciado y Franquiciante pueden obligar por su propia naturaleza a la celebración del Contrato de Franquicia?
- 3.- ¿Cuál es el marco jurídico que regula los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia en la legislación Venezolana con el que actualmente posee España?
- 4.- ¿Será necesaria una regulación legal especial en Venezuela sobre los tratos preliminares en el Contrato de Franquicia?

## **5. Marco Teórico**

### **CAPITULO I- El Contrato de Franquicia en la Doctrina Mercantil Internacional**

#### **5.1.- Antecedentes**

El origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media, época en la cual un soberano otorgaba o concedía un privilegio a sus súbditos, (“cartas francas”) quienes en virtud del mismo podían realizar en determinadas zonas del reino actividades tales como la pesca y la caza. Estas autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el término “franc”, las cuales consistían en el hecho de otorgar una licencia a una persona para que pudiera explotar y usufructuar un nombre o una insignia (lo que hoy son las marcas), ya existía desde la época medieval.

En esa época los primeros en utilizar este sistema fueron los caballeros Templarios (grupo vinculado a la Iglesia Católica) que cobraban una regalía a los intermediarios por el uso de su insignia que era, en esa época, un símbolo de confianza (los primeros “bancos” fueron en realidad agencias templarias manejadas por individuos que cobraban una tasa a los comerciantes, quienes depositaban su dinero en un lugar del mundo y lo recibía en otro, para evitar los asaltos). Se trataba de un sistema nada formal, aunque muy útil para la época.

En este sentido, el primer documento que refleja la concesión en Europa de una figura similar a la Franquicia, está fecha en marzo de 1.232, y fue otorgado en la localidad francesa de “Chambey”, siendo éste uno de los primeros hallazgos, de los que se tenga evidencia, de esta particular forma de comercio asociado.

Para el año de 1.562, en la ciudad Italiana de Trento, uno de los temas de discusión del Concilio, fue la reforma del sistema de recaudación de

impuestos, para el cual se propuso adoptar un formato similar al de la franquicia, en el que se otorgaba el derecho a desarrollar el proceso de recaudación, mediante una autoridad administrativa, que era ejercida sobre áreas geográficas específicas o territorios determinados.

En este sentido, tres siglos más tarde en Inglaterra, a principios del siglo XIX, este tipo de acuerdos llegan al comercio. Los dueños de las tabernas y pubs atravesaban graves dificultades económicas. La mayoría de ellos no tenía suficiente dinero para mantener sus establecimientos como exigían las leyes inglesas. Como consecuencia, muchos propietarios solicitaron ayuda económica a las compañías cerveceras. En compensación a esa ayuda, los pubs y tabernas tenían la obligación de comprar toda la cerveza a un cervecero en particular. Sin embargo, sobre ellos no recaía ningún tipo de obligación o restricción. Este acuerdo garantizaba a los cerveceros una salida asegurada para la distribución de su producto.

El primer antecedente de Franquicia en los Estados Unidos fue probablemente el otorgamiento a particulares, por vía legislativa para la explotación de algunos servicios públicos o “public utilities”, como fue en los casos de los ferrocarriles y los bancos. Aunque el otorgamiento de los derechos implicaba vigilancia administrativa sobre la operación de los servicios, el derecho exclusivo de explotación permitía a los particulares obtener significativas ganancias.

Aunque no es hasta el siglo XIX cuando la franquicia surge en Estados Unidos motivada a que la compañía de máquinas de coser *Singer Sewing Machine Company* se vio imposibilitada por falta de capital para producir máquinas y, así, satisfacer la gran demanda que había despertado. Es en 1851, cuando la empresa cambió su organización operativa y, en vez de tener vendedores a comisión, empezó a cobrarles, creando lo que podríamos llamar el primer sistema de concesiones del que se tenga noticia en el

mundo. Así los antes vendedores y ahora nuevos concesionarios aceptaron pagarle a la compañía Singer una cuota por el derecho de vender las máquinas de coser en un territorio determinado.

A finales del siglo XIX y principios del XX, la expansión de la franquicia en los Estados Unidos como sistema de distribución se ve impulsada, básicamente, por la industria automovilística con sus concesionarios y por la industria de refrescos para embotelladoras.

En efecto, empresas como la Coca Cola, y la empresa Hertz Rent a Car, comenzaron a utilizar esta manera de reproducir su negocio, al mismo tiempo que en Francia, la fábrica de lanas “La Lainiere de Roubaix” , quienes se aseguraron la salida comercial de sus productos creando la firma Pingouin, a la que asociaron a un gran número de minoristas.

Posteriormente, en la década de los años treinta, después de la gran depresión (1.929), los grandes “Stocks” de las empresas requerían ser comercializados de la forma más rentable posible. En este sentido, los fabricantes y empresarios de Estados Unidos deciden asociarse con comerciantes detallistas para que les vendan sus productos, dado que las leyes de ese entonces prohibían que los fabricantes vendieran directamente los bienes finales al consumidor, situación que provocó el desarrollo de mecanismos de comercio asociado similares a la franquicia.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, las circunstancias sociales y económicas de post-guerra, que se originaron en los países aliados y en el resto del mundo, propiciaron un relanzamiento verdaderamente importante de esquemas de comercio asociado similares a la franquicia, ya que la mano de obra sobrante y la fuerte necesidad de un empleo, aunado a la depresión de la economía, hacían imperiosa la búsqueda de una vía alterna de generación de ingresos. Es cuando las

grandes cadenas de distribución de mercancía en los Estados Unidos, comienzan a ceder, no solamente el producto y su marca, sino también un método operativo concreto para la venta, una forma específica de hacer las cosas, un saber hacer o know-how, que ante el desconocimiento de la operación y gestión del negocio, por parte de esa masa de trabajadores proveniente de la guerra, se hacía sumamente necesario para garantizar la rentabilidad.

Pero, sin duda, la gran revolución en el sector de las franquicias vino de la mano de Ray Kroc, el vendedor de licuadoras para milkshake que compró Mc Donald`s y la convirtió en la empresa multinacional de mayor presencia en el mundo. El sistema franquiciador de McDonald`s marco un antes y un después en el negocio, ya que su dueño tenía la idea que, para tener éxito, no solo era necesario concesionar la marca sino apoyar la concesión con la estandarización de procesos y la atención al cliente. Es por ello que, Ray Kroc comienza a franquiciar a Mc Donald`s bajo el distintivo de “La calidad, el servicio, la limpieza y el valor”, utilizando la “franquicia de formato de negocio” o “business format franchise” como metodología para el crecimiento y expansión de la cadena.

Por lo tanto, ya no basta con tener un producto para lograr el acceso a un mercado, hace falta algo más, una cualificación, una marca, un envoltorio personalizado, un emblema, una idea o un formato innovador y atractivo, y la franquicia cubre todos estos parámetros.

En fin, ha sido un largo recorrido el que ha debido transitar la franquicia, para ser hoy la metodología o formato comercial y de negocios que conocemos. Siendo el resultado, de un proceso evolutivo que combina, una mezcla de necesidad, inventiva, adaptación y visión, de todas aquellas personas, que a lo largo del tiempo, dieron sustento y estructura a esta herramienta que revoluciona los esquemas tradicionales de los negocios.

## 5.2- Definición doctrinal

El concepto de franquicia, que inicialmente fue visto como una exención para no pagar derechos por mercancías, se concreta hoy en términos de mercado como un sistema de comercialización de productos y servicios<sup>(1)</sup>. Por este motivo, actualmente el régimen legal se dirige a mejorar el funcionamiento del sector de la venta, distribución y comercialización dentro de un mercado<sup>(2)</sup> y las empresas han encontrado en esta figura la forma precisa para desarrollar cadenas de distribución que lleguen a un mayor número de consumidores finales, y aumentar con ello el resultado de sus ventas<sup>(3)</sup>.

Asimismo, se ha dicho que la franquicia es un sistema propio del desarrollo económico que ejerce hoy una fuerte influencia en el comercio, pues promueve la creación de redes de establecimientos integrados y con ello la competitividad, así como también consigue eludir la presión de las grandes empresas multinacionales que controlan los mercados<sup>(4)</sup>, ya que es un mecanismo propicio para dar cabida a los pequeños comerciantes y empresarios que pueden ingresar a redes de negocios cuyo éxito ya ha sido probado<sup>(5)</sup>.

Por otro lado y desde el punto de vista del franquiciador, la llamada “franquicia” es una práctica que supera en ventajas a otras que existen desde antiguo para la expansión de la empresa (red de sucursales), ya que a través de ella, el empresario, sin mantener la propiedad de los canales de distribución, conserva por medio del contrato el control del comportamiento

---

<sup>1</sup> ARRUBLA P., Jaime: *Contratos Mercantiles* III, 6.ª ed.. Medellín, Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike, 2006. p.51

<sup>2</sup> HERNANDO J., Aurora: *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid, España. Editorial Civitas, 2000. p.45

<sup>3</sup> ROITMAN, Horacio: *Franquicia. La ley modelo de Unidroit*  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> 22 /10/ 2009.

<sup>4</sup> HERNANDO J., Aurora: *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid, España. Editorial Civitas, 2000. p.46

<sup>5</sup> VENEGAS S., Antonio: *El contrato de franquicia*. XIII Edición . Bogotá. Ediciones Librería El Profesional, 1999. p.735

económico de los distribuidores, sin tener que asumir el alto costo que supone la creación de sucursales o de filiales.

Además, el hecho de que en la mayoría de los países no exista legislación especial sobre el contrato de franquicia ha generado que haya múltiples definiciones, señalando por su parte la doctrina que epistemológicamente el contrato de franquicia (franchising o franchise), proviene de la voz franc, de origen francés que significa libre.

Partiendo de esta idea y revisando la evolución del término, Echevarría<sup>6)</sup> sostiene que en la alta edad media la franquicia en el sistema feudal era concedido por el señor feudal a través de su primera vinculación comercial, con las llamadas chartes o lettres de franchise; cuya estructura estaba relacionada con la organización de las ferias.

Ahora bien, desde la vertiente comercial tenemos autores como Ferez<sup>7)</sup> y otros, cuya noción del contrato de franquicia era utilizada como un formato de negocios dirigido a la comercialización de bienes y servicios, la cual le va permitir a una persona física o moral llamada franquiciante, concederle a otra llamado franquiciatario, el derecho de usar por determinado tiempo una marca o nombre comercial.

En igual forma Bererra<sup>8)</sup>, define a la franquicia como un convenio contractual entre dos personas naturales o jurídicas, en el cual, una de las

---

<sup>6</sup> ECHEVARRIA J.: “[...] en el sistema feudal de la alta edad media la franquicia es el privilegio concedido por el señor feudal al vasallo con respecto a su primera vinculación comercial, las chartes o lettres de franchise, donde la exención del pago de los impuestos está relacionada con la organización de las ferias, por lo que se concluye que la franquicia era un privilegio personal o “estatuto de liberad” que en primer término era de carácter público y fue evolucionando hasta entrar en la esfera privada teniendo especial relevancia que los riesgos del negocio son independientes para cada una de las partes”.El *Contrato de Franquicias*. Editorial Mc. Graw-Hill, 1995. p.6

<sup>7</sup> FERREZ T. y GALLÁSTEGUI J.: “[...] la franquicia es ante todo un formato de negocios dirigido a la comercialización de bienes y servicios, lo que distingue a este formato de otros es que es una persona física o moral (el franquiciante), concede a otra (el franquiciatario) el derecho de usar por un tiempo determinado una marca o nombre comercial y se obliga, por una parte a transmitirle tanto los conocimientos técnicos necesarios para comercializar los bienes y servicios que le ofrece como los métodos comerciales para su buen funcionamiento y, por la otra a verificar que los métodos administrativos que use sean esperados por la franquicia”.*Las Franquicias, un efecto de la Globalización, 100 Preguntas, 100 Respuestas. La Manera más segura de Hacer negocios*. Editorial Mc. Graw-Hill, 2001. p.3



partes (Franquiciador) otorga o cede, bajo determinadas condiciones, a la otra parte (Franquiciado), los derechos de uso de su marca, logotipo, así como su saber hacer, para la fabricación o comercialización de un producto, o la prestación de un servicio, a cambio de un pago inicial de asociación y consecutivos pagos en relación al volumen de ventas del Franquiciado.

Mientras que Bermejo<sup>(9)</sup>, conceptualiza a la Franquicia como un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre Empresas jurídica y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del Franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una contribución directa o indirecta, a utilizar el distintivo y/o marca de productos y/o servicios, el “saber hacer” y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la presentación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de Franquicia escrito, establecido entre las partes, a tal efecto.

Por su parte Sanzana<sup>(10)</sup>, define a la franquicia como el otorgamiento de un derecho para trabajar una marca de éxito, lo que incluye además la entrega de información necesaria para comenzar a operar dicha marca o producto en un determinado lugar.

Ahora bien, otro concepto<sup>(11)</sup> señala que la actividad comercial en régimen de franquicia es aquella que se realiza en virtud de un contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios.

Por tanto, se trata de un método de colaboración contractual entre dos empresas jurídica y económicamente independientes en virtud de la cual, una de ellas (empresa franquiciadora o franquiciador), que es titular de determinada marca, patente, método o técnica de fabricación o actividad industrial y comercial previamente prestigiados en el mercado, concede a la otra (empresa franquiciada o franquiciado) el derecho de explotarla, por un tiempo y zona delimitados y bajo ciertas condiciones de control, a cambio de una prestación económica, que suele articularse mediante la fijación de un canon inicial, que se complementa con entregas sucesivas en función de las ventas efectuadas (canon o royalties)<sup>(12)</sup>.

Para Guillermo Bermúdez<sup>(13)</sup>, se concibe a la franquicia como un sistema de cooperación empresarial con vocación de vincular a largo plazo, y contractualmente, a dos partes económica y jurídicamente independientes, en virtud de la cual una de ellas (franquiciador) de buena fe, otorga a la otra (franquiciado) el derecho de explotación de su negocio y la fabricación, distribución y/o comercialización de los productos tangibles y/o intangibles, de calidad contrastada. Estos últimos estarán compuestos por servicios principales y adicionales, protegidos (patentes, marcas,...) y desprotegidos (saber hacer), todos ellos suficientemente probados, eficaces, y autorizados mediante licencia. A cambio, cada franquiciado se obliga a realizar diferentes pagos periódicos y/o únicos, directos y/o indirectos, como contraprestación a la cesión de aquellos derechos, ya sean industriales o comerciales.

Para concluir, el contrato de franquicia<sup>(14)</sup> es un contrato que tiene por finalidad la transmisión del derecho a usar un modelo de empresa, junto con

---

<sup>8</sup> BECERRA D., Rigoberto A.: Citado por Sandra Lynn Christianson en Franquicias <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/franquiciasLynn.htm>

<sup>9</sup> BERMEJO, Manuel: *Claves del éxito en la gestión de franquicias*. Instituto de Empresa [http://www.escuelaing.edu.co/consulta/foro/franquicia\\_01.pdf](http://www.escuelaing.edu.co/consulta/foro/franquicia_01.pdf)

todos los elementos necesarios para que dicho modelo pueda ser ejecutado (lo que incluye la asistencia técnica y/o comercial y la formación del franquiciado y su personal), a cambio de una contraprestación.

---

<sup>10</sup> SANZANA, William: *Las marcas que llegan*

[http://www.chile.com/tpl/articulo//detalle/ver.tpl?cod\\_articulo=71418](http://www.chile.com/tpl/articulo//detalle/ver.tpl?cod_articulo=71418)

<sup>11</sup> MERINO G., Catalina: *Aspectos más relevantes del Real Decreto 2485/1998, del 13 de noviembre, de regulación del régimen de franquicia, y de creación del Registro de franquiciadores.*

<http://www.injef.com/revista/empresarios/regfranq.htm>

<sup>12</sup> *La franquicia, concepto*

[http://www.administracion.es/portadas/perfiles/empresa/creacion\\_de\\_empresas/la\\_franquicia/concepto.html](http://www.administracion.es/portadas/perfiles/empresa/creacion_de_empresas/la_franquicia/concepto.html)

<sup>13</sup> BERMÚDEZ G., Guillermo J.: *La Franquicia: Elementos, Relaciones y Estrategias*. ESIC Editorial, Madrid, 2002. p. 29.

<sup>14</sup> RUIZ P., Juan I.: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Aranzadi Editorial, Navarra – España, 2000. p. 67.

### 5.3- Definición Legal

Son muchas las definiciones que se pueden encontrar sobre franquicia, según los diferentes autores en materia de Marketing y Distribución Comercial, así como las ofrecidas por los distintos organismos e instituciones, tales como la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Británica de Franquicia, etc. A su vez, los tribunales han ido referenciando las características y elementos básicos de este sistema de distribución, a través de sentencias como las del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea<sup>(15) (16)</sup>.

Sobre la base de esas líneas conceptuales de la jurisprudencia, se ha definido el contrato de franquicia como “aquel contrato por el que un empresario titular de la franquicia (franquiciador) cede a otro empresario (franquiciado) la utilización de los conocimientos técnicos necesarios y los elementos inmateriales de una empresa que han cimentado su éxito, para la fabricación de un producto o la comercialización homogénea de un producto o un servicio bajo la marca, los símbolos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio del pago de una cuota de entrada y de un canon periódico que se establece habitualmente en función de las ventas”<sup>(17)</sup>.

La definición dada por la Federación Europea es la siguiente: “se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes, ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto (marca, fórmula comercial, producción,...) materializado con un emblema

---

<sup>15</sup> STS de 27 de septiembre de 1996 (R.Ar.6646): Declara el alto Tribunal que “desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquél que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica”(definición reiterada en STS del 30 de abril de 1998 (R.Ar. 3456) y STS de 2 de octubre de 1999 (R.Ar. 7890).

específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y unos servicios regulares, necesarios para llevar a cabo la explotación”.

Esta definición, que representa los principales puntos que dan forma a este sistema, coincide con la establecida por la Cámara de Comercio Internacional y adoptada por el Consejo de Europa, aunque en esta última sí se menciona el pago del canon que el franquiciado debe hacer por el derecho que le es concedido a usar la marca o fórmula comercial del franquiciador. Por su parte, el Comité belga de la distribución ofrece la misma definición que la Federación Europea de Franchising.

A continuación otras definiciones de interés sobre el concepto de franquicia:

La CECOD la define como “un sistema de distribución según el cual una empresa, cuyo titular sea una persona jurídica o física, se dirige como si formara parte de una vasta organización con una marca nacional, un emblema, unos equipamientos, unos productos y unos servicios estándares”.

La definición ofrecida por la Comisión de CEE indica que “por franquicia se entenderá un conjunto de derechos de propiedad intangible relativos a marca, denominaciones comerciales, rótulos, modelos, diseños, derechos de autor, “Know-How” o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y que incluye, por lo menos: el empleo de una denominación o rótulo comercial y

---

<sup>16</sup> STS de 4 de marzo de 1997 (R. Ar. 1642): Contrato por el que “una de las partes (que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial) otorga a la otra el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje”

<sup>17</sup> SOTO R., Alonso: Los Contratos de distribución comercial. p.193

una prestación uniforme de las instalaciones contractuales, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un Know-How sustancial, que pueda conferir a este una ventaja comparativa, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”.

El Tribunal de primera Instancia de París, por Decreto del 28 de abril de 1978, establece que “la franquicia es un método de colaboración entre una empresa franquiciadora, de una parte, y una empresa franquiciada de otra, cuyo objetivo es contribuir al desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por medio de la acción común resultante de la conjunción de los recursos humanos y económicos, manteniéndose al mismo tiempo la independencia respectiva, en el marco de acuerdos de exclusividad recíproca”.

Dicho decreto termina resumiendo la franquicia como “una colaboración entre una marca y un conjunto de empresarios individuales que se constituyen en una cadena de distribución. Esta colaboración supone la solidaridad comercial entre ambas partes”.

En este sentido, la definición incluida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, emanado de la Federación Europea de Franquicia (E.F.F.), introduce la definición de franquicia<sup>(18)</sup> como “un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados individuales, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto de franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a utilizar el

distintivo y/o marca de productos y/o servicios, el “know how” (saber hacer) y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de franquicia escrito, pactado por las partes, a tal efecto”.

Sin embargo, es la Comisión Europea la que redacta el Reglamento CEE 4087/88, específico sobre la franquicia, donde entre otras cuestiones se la define como:

“Un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”.

Según esta definición, el elemento básico sobre el que se asienta el sistema de distribución por franquicias, y sin el cual es imposible su nacimiento ni su puesta en marcha, es la posesión por parte del franquiciador de un saber hacer específico.

El RD 2485/1998, del 13 de noviembre, que desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, indica en su artículo 2 que: “se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia... aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una

---

<sup>18</sup> Código Deontológico Europeo de la Franquicia, de la Federación Europea de Franquicias, Artículo 1.

prestación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un saber hacer, y la presentación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”.

En fin, uniendo los aspectos fundamentales del concepto de franquicia desde el ángulo comercial y la forma-legal, la franquicia se puede definir como:

“Un mecanismo de expansión del negocio a través de un contrato escrito por medio del cual una parte –franquiciante-, a cambio de una contraprestación, concede en uso a otra parte –franquiciado- un sistema de organización empresarial, preferiblemente innovador y compuesto principalmente por un Know How sólido y perdurable en el tiempo, marcas, patentes, derechos de propiedad intelectual y asesoría técnica, que contribuya a la eficiencia económica de las partes y beneficie al usuario o consumidor”<sup>(19)</sup>.

#### 5.4 El Contrato de Franquicia o Franchising según la Doctrina Jurisprudencial

El contrato de franquicia que hoy por hoy carece de regulación legal expresa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, aparece contenida en la sentencia del Tribunal Supremo español 1º, del 27/09/1996 y su origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 28 de enero de 1986 – caso “Pronuptia”-. En el Derecho Comunitario se inicia el tratamiento de la problemática, en relación con la exclusión del artículo 85.1

---

<sup>19</sup> BRIZ K., José J.: *Estudio práctico del Régimen Legal de las Franquicias en Venezuela*. Valencia, Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C.A., 2005. p.2



del Tratado CE (actualmente 81.1 T), por la Sentencia del Tribunal de Justicia del 28 de enero de 1986 ( en el caso de “Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis”), cuya doctrina, recogida en diversas Decisiones de la Comisión, servirá de fundamento al Reglamento 4.087/1998, del 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición –artículo 85, apartados 1 y 3, del Tratado CE-.

En este Reglamento se entiende por acuerdo de franquicia “aquel contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un “know-how”, así como la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato” (artículo 1, apartado 3 b). El Reglamento anterior ha sido sustituido, e incorporado junto con otros del año 1993, por el Reglamento 2.790/99, de la Comisión del 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (antes 3 del artículo 85 TCE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

El Tribunal Supremo en la sentencia del 17/03/2003, manifiesta que el contrato de franquicia, “desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídicas y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad

industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica”.

De igual forma el Tribunal Supremo Sala 1º en sentencia del 04/04/1997 volvió a remarcar que: “La característica fundamental de esta modalidad contractual estriba en que una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquellos sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente, mediante la fijación de un canon o porcentaje”. Y en igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 1º del 30/04/1998 “Por ello,... como todo contrato atípico, en este caso mercantil, se regirá, en primer lugar por la voluntad de las partes plasmadas en cláusulas y requisitos concretos que formulados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica”.

#### 5.5- Caracterización Jurídica del Contrato de Franquicia

El contrato de franquicia se encuentra entre los denominados contratos atípicos, por tratarse de una figura que se ha formado al margen de los paradigmas predominantes, consagrados y esquematizados por las leyes. De ahí que el contrato de franquicia siga siendo, pues, un contrato nominado que permanece en la atipicidad al estar privado de una disciplina orgánica jurídico-privada.

La figura contractual en análisis se caracteriza por no encontrarse regulada en la ley. Sin embargo, por su atipicidad no se puede llevar a

considerarla como ilegal en tanto se rige por los pactos, reglas o cláusulas contractuales establecidas por las mismas partes, siempre que estas sean consideradas lícitas y admisibles. Además, se puede considerar que tiene tipicidad social, siendo de conocimiento generalizado entre la gente, qué es y cómo opera un contrato de franquicia.

Debido a esta atipicidad se desprende la importancia de contar con instrumentos jurídicos bien estructurados, completos, claros, transparentes y sobre todo que brinden seguridad al franquiciante y al franquiciado, así como a los derechos de propiedad intelectual, ya que los términos, condiciones y características de la relación quedan al arbitrio y voluntad de las partes o mejor dicho del franquiciante; con lo que un contrato bien sustentado, regularía de forma completa las diversas relaciones comerciales que se podrán presentar, disminuyendo así los riesgos en una relación en la que se pretende que todas las partes obtengan beneficios, protegiendo los bienes intangibles de la franquicia, optimizando así el valor de la misma y beneficiando sin abusos desmedidos al franquiciatario.

Asimismo, la atipicidad del contrato y la necesidad de determinar y concretar las posiciones jurídicas de cada una de las partes, no deducibles claramente de los lícitos términos contractuales, imponen la averiguación de cuáles sean las prestaciones que conllevan a la finalidad económica pretendida, para así, poder descubrir su posible afinidad con las propias de otros contratos legalmente tipificados. Tales prestaciones se concretan esencialmente:

- Para el franquiciador, en poner a disposición del franquiciado, para su uso, los bienes y elementos imprescindibles para la explotación comercial de la franquicia, comunicándole el *know-how* correspondiente y prestándole la continuada asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato.

- Para el franquiciado, en explotar comercialmente la franquicia y satisfacer la prestación económica pactada.

Al ser un contrato atípico, este contenido está a cargo de las partes, que por ser un contrato de adhesión, el contenido queda prácticamente a cargo del franquiciante, contenido que se establece totalmente a su favor, a su conveniencia, que además de ser inequitativo, produce perjuicios al franquiciatario, cayendo en prácticas monopólicas y lógicamente afectando a la libre competencia, y al consumidor.

Por otro lado, el argumentar que el franquiciatario no está desprotegido en el sentido de que hay leyes que, en cierta forma lo protegen, no es suficiente, ya que en muchas ocasiones resultan ineficaces, en el sentido de que pueden ser utilizadas demasiado tarde, ya sea cuando el franquiciatario no tenga miedo de arriesgar su negocio, y perder su franquicia; o bien porque al celebrar el contrato pesa más el objeto por lo que está celebrando las ventajas y beneficios que le puede traer, y/o tomando en consideración las cláusulas abusivas y perjudiciales.

Sin embargo, para otros, no es posible que la situación jurídica de la franquicia pueda ser entendida como un sinónimo de la atipicidad, ya no sólo porque, en realidad, esta calificación haya de quedar reservada para aquellos negocios carentes de regulación legal, sino porque quizás sea posible entender que los usos derivados de los pactos entre las partes han devenido en auténticas costumbres que impiden la configuración pretendida. En este sentido, no hay que descuidar la existencia de una serie de códigos de conducta elaborados por los franquicadores que, resultando de obligatorio cumplimiento, disponen cuál ha de ser el contenido y el significado del contrato.

En este sentido, y atendiendo al funcionamiento real del contrato, un sector doctrinal considera que la franquicia es, ante todo, un contrato de colaboración, cuya finalidad no puede resumirse en la enajenación de los productos o los servicios del franquiciador, sino que supone el establecimiento de una relación jurídica duradera por la que las partes se obligan, ante todo, a cooperar en la reventa de aquéllos.

Se entiende como el simple entendimiento de que el franquiciado coopera o colabora con el franquiciador porque, al explotar la franquicia, actúa no sólo su propio interés sino también el de éste en la expansión y consolidación de la red.

De éstos caracteres esenciales la franquicia se aparta notoriamente por cuanto que el franquiciado explota su negocio, no sólo en nombre, sino también por cuenta propia, de forma que en ningún caso actúa frente a terceros con absoluta libertad respecto al franquiciador; de ahí que aún siendo un contrato oneroso, el franquiciado nunca será remunerado por el franquiciador. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que ciertamente existe un interés común de ambas partes en reproducir y explotar la franquicia, a fin de que ésta obtenga el mayor éxito comercial, y de que la tutela del *interés económico* del franquiciador se materialice en la obligación del franquiciado de explotar la franquicia y tome mayor relieve cuando la compensación económica de aquél consista en su participación en los beneficios de esa explotación.

Aunque parece presentarse la semejanza del contrato de franquicia con el de distribución o contrato de concesión comercial. Pero desde la vertiente jurídica, si ambos contratos tienen propia autonomía no puede ser sino por la distinta función socio-económica que cumplen y que en la concesión consiste en la reventa por el concesionario de los productos suministrados por el concedente, colaborando con éste en la promoción

comercial de los mismos, mientras que en la franquicia se caracteriza por el aprovechamiento que, a cambio de contraprestación, pretende hacer el franquiciado de la imagen o estilo empresarial diseñado y probado por el franquiciador. Su especificidad no va conectada tanto a la distribución de productos, sino a la reproducción o clonación de un determinado sistema, experimentado y prestigioso, de comercializarlos.

No obstante todo lo anterior, es una constante en la doctrina concluir que el contrato de franquicia es una figura contractual mixta, especialmente afín a las licencias de explotación de bienes inmateriales, sustentada en las siguientes consideraciones:

- La empresa o negocio, como unidad económica objetiva y desconectada de su propia sede física, puede ser considerada una creación intelectual o un bien inmaterial susceptible de constituir el objeto de negocios jurídicos; y el contrato de franquicia es buena parte de ello.
- Esa unidad la constituye un conjunto orgánico de derechos específicos sobre bienes inmateriales, cuya individualidad pierde entidad objetiva y teleológica frente a la organización que de todos ellos realiza el franquiciador, configurando una propia y competitiva imagen empresarial susceptible de ser reproducida y, por tanto, de ser explotada.
- Sobre ese único, aunque complejo, bien inmaterial el ordenamiento no confiere una protección directa, al modo que lo hace con los que conforman las llamadas propiedades industrial e intelectual, y no atribuye, por tanto, un derecho de exclusiva. Sin embargo, sí otorga una protección indirecta, reprimiendo los actos de competencia desleal y dotando al conjunto de tratamiento unitario a

efectos de su transmisión y constitución de derechos reales; además de una protección oblicua y distributiva por la tutela directa que hace de los distintos bienes inmateriales que integran el conjunto.

- Las licencias de explotación de derechos sobre bienes inmateriales no son más que la transmisión limitada, en el tiempo y en su contenido, de las facultades de explotación de esos bienes, a cambio de contraprestaciones. Si este es así, la proximidad o afinidad del contrato de franquicia se muestra indubitada por cuanto que, a través de él, se autoriza onerosamente al franquiciado, de forma objetiva y temporalmente limitada, a explotar el bien inmaterial o la creación intelectual que el paquete de franquicia representa como imagen empresarial susceptible de reproducción.

En definitiva, mediante el contrato de franquicia el franquiciador ofrece al franquiciado la facultad de explotar la imagen empresarial, experimentada y exitosamente probada, que ha creado, autorizándolo a reproducir todo el sistema de identificación, organización y modo de operar la empresa, a cambio de una prestación pecuniaria y bajo el control del franquiciador.

## 5.6- Elementos Subjetivos y Objetivos del Contrato de Franquicia

### 5.6.1 Elementos Subjetivos

El contrato de franquicia es el elemento clave que va a regular las relaciones franquiciador y franquiciado. Los contratos deben ser completos, precisos y equilibrados, sin embargo en muchos casos favorecen claramente al franquiciador en detrimento del franquiciado. El contrato de franquicia recoge los derechos y deberes de franquiciador y franquiciado, los pagos que

éste debe hacer a aquél, las condiciones de terminación de contrato, derechos de exclusividad territorial, fijación de precios y la compra de suministros, entre otros aspectos menos relevantes, pero siendo consecuentes con la realidad difícilmente podrán recoger todas las contingencias que sucedan en la relación franquiciador-franquiciado.

Generalmente, la gran mayoría de franquiciadores ofrecen el mismo contrato a todos sus franquiciados, y éstos suelen sufrir pocas modificaciones a los largo del tiempo. Además, en la mayoría de las ocasiones son contratos que el franquiciado acepta o no acepte, pero en los que la negociación prácticamente no existe y cuando se negocia algo, siempre son aspectos menores y nunca las condiciones económicas.

Las partes contratantes del franchising son el franquiciante o franquiciador y el franquiciado, cada uno tiene derechos y obligaciones dentro de la relación contractual; estos derechos y obligaciones cambian sustancialmente en cada contrato de franquicia.

Franquiciador y franquiciado son empresarios jurídicamente independientes. Esa independencia se manifiesta en el ámbito interno, en el que el franquiciado gestiona, sin injerencia del franquiciador y salvo pacto en contrario, su propia empresa, asumiendo en solitario las responsabilidades y consecuencias de su misma gestión.

En la generalidad de los casos, el franquiciador ha de respetar la independencia del franquiciado en cuanto a la gestión del negocio que es de exclusiva propiedad y responsabilidad de éste. Sin embargo, la explotación de la franquicia le obliga a actuaciones predeterminadas por el franquiciador en el propio contrato y a acatar instrucciones posteriores de éste, justificadas ambas en la salvaguarda de la identidad y uniformidad de la franquicia.



La asociación empresarial que surge, no sólo entre franquiciador y franquiciado sino entre éstos y la propia red de franquicia, impone el más alto nivel de lealtad en el cumplimiento de un contrato que, igualmente, deberá estar presidido por una inagotable buena fe de las partes, impeditiva de conductas oportunistas

Se exponen a continuación algunas de las obligaciones y derechos más relevantes y frecuentes, de cada uno de los sujetos anteriormente mencionados, las cuales pueden resultar incompletas en razón de la vasta gama de opciones que cada franchising puede presentar, ya que dependiendo del estilo de redacción del contrato, de la madurez del sistema y del poder de negociación de las partes, las responsabilidades y facultades de las partes varían.

#### a) El Franquiciante o Franquiciador

El franquiciante es la parte de la relación contractual que da una licencia al franquiciador para que venda, distribuya o produzca productos o servicios de su titularidad. De manera acertada lo define el autor Romero Pérez<sup>(20)</sup> como el dueño de la licencia comercial: "...Franquiciante (franchisor, otorgante): dueño de una marca, método organizativo o know-how. Es el que genera un entorno de éxito por eficiencia, calidad y renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa. Es el otorgante, el tenedor de una tecnología de instalación, operación de un determinado tipo de negocio o titular o fabricante de un secreto, proceso, producto o equipamiento."

##### a.1 Obligaciones:

El Sujeto que otorga la franquicia o franquiciante debe ser el titular de la misma, esta franquicia debe contar con un nombre comercial o marco, un logotipo que lo distinga, un método único para producir el bien o dar el

servicio y ser reconocida en el mercado, o lo que es lo mismo, una aceptación general y exitosa, que permita al franquiciado un ingreso tal que pueda pagar las regalías al otorgante.

Como requisito para poder otorgar un contrato de franquicia comercial el franquiciante debe haber desarrollado un producto o servicio de probada aceptación en el mercado cuya originalidad haya hecho conocida la marca que lo identifica. Esta característica es la que asegura al franquiciado el éxito en la futura explotación de su negocio.

Existe la obligación de proporcionar información inicial, que es la concerniente al sistema de franquicia, incluyendo la autorización del uso de una marca y la cesión de la licencia, así como su funcionamiento el cual se transmite normalmente por medio de formación inicial y a través de manuales operacionales; e información continua sobre los progresos y mejoras que modifiquen el sistema, información que debe ser dada de forma regular.

En cuanto a la información que debe darse al franquiciado, se proporciona al inicio de la relación contractual por medio de cursos que pretenden enseñar al franquiciado a usar el sistema transmitido; pero también debe realizarse regularmente en el curso de la relación programas de formación adicional, para mantener al franquiciado al día de los progresos y mejoras del sistema de franquicia.

Los manuales que contienen el know-how y otros derechos de la propiedad intelectual deben ser proporcionados por el franquiciador, ya que son estos los que indican detalladamente la forma en que deben ser utilizadas las marcas del franquiciador y en que debe implementarse el sistema de franquicia.

---

<sup>20</sup> ROMERO P., Jorge E.: *Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización de la Administración de Justicia*. Primera Edición, San José Costa Rica. Editorial Editorama S.A., 1999. p.181

La asistencia que debe el franquiciador al franquiciante se divide en el asesoramiento inicial, y posteriormente continuo sobre la adaptación del sistema. Como el franquiciador normalmente prescribe estándares para la calidad de los servicios y de los bienes, proporciona consejos sobre: fuentes de suministro, la administración, el manejo y la contratación del personal, la contabilidad y presentación de informes, las técnicas de venta y las relaciones públicas y actividades de publicidad. Por lo tanto, durante la vigencia del contrato el franquiciador puede proporcionar consejo y asistencia en una serie de cuestiones administrativas, operacionales y técnicas de la franquicia.

Otra obligación importante es el mantenimiento y protección de las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual, incluido el know-how, que licencie al franquiciado.

Existen otras obligaciones del franquiciador como: el suministro de mercaderías o negociar el suministro de las mismas y asegurarlas, la promoción y publicidad de la red de franquicia, proveer del espacio físico donde desarrollará la franquicia, la provisión de equipos, uniformes, entre otros; cuando se haya comprometido a ello contractualmente.

Debe además, garantizar la cobertura de los problemas inherentes a la comercialización de sus productos y realizar todas las inversiones necesarias para mantener la tecnología actualizada y en condiciones de competitividad. El franquiciante tiene que mantener una política de precios de sus productos que posibiliten el éxito de la actividad del tomador.

En general, el franquiciador tiene que mantener el interés continuo en los negocios del franquiciado, ya que depende del éxito de este último y su ganancia. Está obligado a brindar las mismas condiciones a todos los

franquiciados para mantener la uniformidad y estandarización del sistema de franquicia, ayudando con las consultas que tenga el franquiciado.

#### a.2 Derechos:

Entre las facultades que tiene el franquiciante en la relación contractual está el control de la red, con ello pretende salvaguardar la reputación de la red y asegurar que los niveles de calidad se mantengan, dentro de esta facultad se encuentra el derecho de aprobar la ubicación de los establecimientos, el derecho a aprobar posibles franquiciados y el derecho a realizar inspecciones periódicas a las unidades franquiciadas sin previo aviso.

Otro de los derechos básicos del otorgante de la franquicia es el cobro de una cuota inicial o derecho de entrada y de royalties o regalías periódicas u otras remuneraciones acordadas.

Puede además dictar a los franquiciados las directrices que considere pertinente para el adecuado funcionamiento de la franquicia. Así como el respeto a la exclusividad de compra de los productos por parte del franquiciado.

#### b) El Franquiciado

El franquiciado es la persona o empresa que recibe una franquicia de una empresa franquiciante, está comprometido y atraído por características del negocio ya existente que fue desarrollado por el franquiciante y que se considera exitoso.

El comerciante franquiciado recibe los beneficios de la enseñanza del franquiciante: “El franquiciado recibe así los beneficios del know-how, explotando su propio establecimiento con la enseñanza del franquiciador.

Saber-hacer que abarca a todo el espectro empresarial: gestión, marketing comercial, merchandising, publicidad, contabilidad, fiscalidad, etc. <sup>(21)</sup>

#### b.1 Obligaciones:

El franquiciado está obligado a múltiples prestaciones a favor del franquiciador, entre ellas debe utilizar la marca y los signos distintivos del franquiciante, así de igual manera, debe seguir sus instrucciones. La licencia es acompañada de una serie de normas referentes al modo de actuar del franquiciado en el desempeño de sus actividades y en la administración de los productos de la marca.

Tiene que pagar todos los derechos, regalías, honorarios, alquileres, liquidaciones, seguros, cargas laborales y cualquiera otra compensación pecuniaria previamente pactada en la relación contractual. Debe pagar una suma fija y una regalía mensual sobre las ventas o ingresos al franquiciante, en razón del uso de la marca. Aunado a lo anterior asume los riesgos de la empresa, ya que actúa en su propio nombre.

Además debe comprar la maquinaria y el equipo sugerido por el franquiciante, construir las instalaciones conforme indique el franquiciante y dar el mantenimiento completo, porque tanto las estructuras externas como internas de un edificio son las que describen la calidad del servicio que se da en el local.

El franquiciatario se compromete a mantener el secreto de los métodos y patentes del plan negocial, tanto durante como después de la vigencia del contrato. La protección de la marca le queda a cargo también, por lo que debe realizar los procedimientos de registro necesarios y además informar al franquiciante de cualquier anomalía relacionada con este aspecto.

---

<sup>21</sup> BECOS T., Modesto: *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*. Madrid España, Ediciones Pirámide S.A., 1990. p.136.

El franquiciado debe aceptar el control e inspección que le imponga el otorgante. Debe aceptar a su organización contable y administrativa a la de la red. Además de comprar los suministros exclusivamente al franquiciante o dirigirse a los proveedores aceptados, solo porque ha sido pactado así en el contrato<sup>(22)</sup>.

Otra obligación es no ceder el contrato de franchising. La mayoría de estos contratos establecen esta cláusula fundamentándose en el carácter de *intuitu personae*.

Debe hacer efectiva la explotación de la franquicia, cumpliendo con los estándares del Plan Negocial dado por el franquiciante<sup>(23)</sup>, es decir, el entrenamiento dado por el franquiciante debe ser puesto en práctica por el franquiciado, este último sujeto debe hacer un uso adecuado del nombre comercial. Otras responsabilidades del franquiciado son la provisión de adecuado capital de trabajo, el reporte financiero y pago puntual de deudas y la participación en la publicidad de la red franquiciada.

Y por último, existe la prohibición para el franquiciado de fabricar, vender o utilizar productos competidores con los productos del franquiciante; o de dirigir un comercio similar en un territorio donde pueda competir con un miembro de la red franquiciada, esta obligación subsiste después de la expiración del contrato, por un período razonable. No puede tampoco cambiar la ubicación de los locales objeto del contrato de franquicia, sin el consentimiento del franquiciante.

## b.2 Derechos:

El franquiciado desarrolla un negocio propio que se caracteriza por ser relativamente seguro ya que se basa en el éxito probado de un negocio ya

---

<sup>22</sup> BECOS T., Modesto: *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*. Madrid España, Ediciones Pirámide S.A., 1990. p.180-182.

existente, es decir, se aprovecha de la experiencia del franquiciante.

La asistencia permanente por parte del franquiciador es uno de los principales derechos del franquiciado dentro del contrato de franquicia comercial, lo cual le permite estar al tanto de los aggiornamientos, mejoras y ventajas del Plan Negocial. <sup>(24)</sup>

Entre los derechos del franquiciado dentro de la relación contractual, está el de poder beneficiarse de la inversión masiva publicitaria que realiza el franquiciante o toda la red de franquicia en conjunto, es decir, se aprovecha de las campañas publicitarias.

Otra ventaja que tiene este sujeto contractual, es la obtención de productos a menor costo y el aprovisionamiento está asegurado por el otorgante.

También, puede exigir el cumplimiento de las cláusulas acordadas con el franquiciante dentro del contrato de franchising, y en el supuesto de un incumplimiento grave y comprobado por parte del otorgante de la franquicia, puede solicitar la resolución o ejecución forzosa del contrato con el correspondiente pago de daños y perjuicios.

### 5.6.2 Elementos Objetivos

#### a) Patentes y signos distintivos

La Principal finalidad del contrato de franquicia consiste en la clonación de la empresa franquiciadora para la completa identificación exterior de la franquiciada con la imagen empresarial de aquellá. A tal fin, resulta imprescindible – según el caso - la licencia de patentes, marcas,

---

<sup>23</sup> KLEIDERMACHER,Jaime: Aspectos económicos y jurídicos. Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot, 1992. p.160.

<sup>24</sup> KLEIDERMACHER,Jaime: Aspectos económicos y jurídicos. Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot, 1992. p.74.

nombre comercial y rótulo, cuyo uso constituye no sólo un derecho, sino también una obligación de la empresa franquiciada.

La licencia de marca es otro de los elementos esenciales del contrato de franquicia, consiste en el otorgamiento del derecho de usar una “marca comercial” o nombre comercial. Ésta se puede definir como las señas, signos, símbolos, palabras o emblemas distintivos, visuales y en ciertos casos auditivos, que una firma comercial desarrolla para los bienes o servicios que pone a disposición de un mercado consumidor. <sup>(25)</sup>

Al franquiciado le interesa explotar aquellas marcas comerciales que mantienen un alto nivel de prestigio, con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial que justifique la inversión que significó entre otras cosas obtener la licencia de marca. Por otra parte, el franquiciante busca que los bienes o servicios desarrollados por él se extiendan a más mercados, pero asegurándose que los estándares de producción serán similares en una u otra zona geográfica donde se desarrolle dicha figura comercial, con ese interés es que otorga la licencia de marca, de la cual es titular.

La licencia o patente es parte del derecho de la propiedad intelectual ya que los signos, la marca y demás distintivos del franquiciante es lo que asegura el éxito del comercio por lo que el franquiciante debe recibir, en todos los países en que vaya a ser distribuido su producto o marca.

#### b) El Know-How (Saber Hacer)

---

<sup>25</sup> CHERVIN DE K., Marta: *¿Qué es el Franchising?*, Editorial Albeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 51



Una de las principales características de la franquicia viene dada por la comunicación que de su Know-how hace la empresa franquiciadora a la franquiciada, a fin de que ésta lo utilice, no sólo por resultar su derecho, sino por ser también su obligación. El Know-how está formado por una serie de conocimientos técnicos o comerciales conservados en régimen de secreto que mejoran sensiblemente la producción o distribución de los productos o prestación de los servicios.

De ahí que se define el Know-how como el conjunto de "...conocimientos técnicos o secreto industrial al cual podemos distinguirle algunas características que son la originalidad, probado funcionamiento, fácilmente transmisible, y constantemente desarrollado<sup>(26)</sup>". No es más que un cuerpo de información útil, novedosa, secreta y muy valiosa, ya que son conocimientos comerciales, administrativos, financieros y de gestión de empresas suficientes para que el franquiciado diseñe, construya y explote una planta de fabricación de la misma calidad y éxito que el franquiciante.

El término comprende varios aspectos que comprenden: el saber, el hacer, el saber-hacer, el hacer-saber, el saber recibir. El saber es un conocimiento exhaustivo sobre una determinada actividad, un franquiciador conocido poseerá este saber. El hacer es la capacidad de poner en práctica el saber. El saber-hacer son los conocimientos comerciales de organización y gestión, es decir, la técnica utilizada por el franquiciador que le ha hecho llegar al éxito; se puede desarrollar un saber-hacer negativo que consiste en lo que nunca se debe hacer. El hacer-saber requiere la transmisibilidad del saber-hacer, que debe ser posible reproducir tanto material como intelectualmente. El saber recibir se refiere a la habilidad de aprender que el franquiciado debe poseer para llevar con éxito y beneficiarse plenamente de todos los conocimientos que le son proporcionados por el franquiciador <sup>(27)</sup>.

En el contrato de franquicia el know-how viene caracterizado por tres elementos:

- Su esencialidad para el sistema de franquicia, al que ha de reportar ventajas indudables en el mercado por la información que implica sobre técnicas de venta (conjunto de productos y/o servicios ofrecidos de una forma original y específica), de relaciones con la clientela y de gestión administrativa y financiera.
- Su posibilidad de explotación exclusiva, por tratarse de técnica experimentadas no fácilmente deducibles por terceros. La experiencia probada y la práctica exitosa permiten la formulación de este know-how mediante la investigación y el análisis de esa experiencia, debiendo hacerlo perfectamente identificable.
- El control de esas técnicas y constante actualización de las mismas por el franquiciador.
- Asistencia Comercial y Técnica

La asistencia del franquiciador al franquiciado ha de tener lugar durante la vigencia del contrato. Suele comprender directrices sobre el diseño y decoración del establecimiento, comunicación de stocks mínimos según la plaza, organización y lanzamiento de la publicidad nacional e internacional de la red.

Es un complemento de la transferencia del know-how o saber hacer, se prevé en el contrato, tanto la asistencia anterior a la apertura del negocio como la posterior, que debe dar el franquiciante al franquiciado; por lo tanto, se da una asistencia permanente que da la nota distintiva al contrato de

---

<sup>26</sup> RIBERA, Carlos E.: *En: Revista IVISTITIA*, San José de Costa Rica, Año 3, Nro. 34. p. 14 y 15.

<sup>27</sup> RIBERA, Carlos E., op. Cit. p. 14 y 15.

franchising.

La asistencia técnica se desarrolla con la entrega del franquiciante al franquiciado de los manuales de operación, los cuales indican los objetivos y filosofía de la empresa, en conjunto el análisis operacional de la misma.

Junto con el deber de asistencia del franquiciador hacia el franquiciado, se encuentra el derecho a un control de las operaciones.

### c) El Precio

En la franquicia existe un claro interés del franquiciador en participar, lo más aproximada y fidedignamente, de los beneficios de la explotación; frente a él se encuentra el del franquiciado en no arriesgar una excesiva inversión inicial así como tener garantizado un seguimiento del propio franquiciador. Para dar cobertura a ambos intereses, el precio se suele articular mediante un sistema de doble canon: el inicial de enganche a la red de franquicia y los periódicos retributivos de la actualización del paquete de franquicia disfrutado. En tanto que aquél es único (aunque pueda fraccionarse) y alzado, los cánones periódicos son regulares, pudiendo ser fijos o variables (royalties, normalmente, sobre el volumen de ventas o cobros de servicios realizados por el franquiciado).

Existen dos contraprestaciones dinerarias que el franquiciado debe en un contrato de franquicia, una es el derecho de entrada y otra las regalías. El derecho de entrada "...por lo general se da a la firma del contrato o apertura del negocio, que es cuando se exige el pago de un aporte inicial, generalmente fijo y calculado sobre el monto del proyecto de inversión del propio franquiciado. La suma correspondiente a este derecho no es reembolsable, a menos que el contrato no tenga el principio de ejecución por causas que le sean imputables al franquiciante".

El derecho de entrada es diferente al concepto de regalía ya que esta última no es una suma de dinero fija como lo señala Marzorati: “Debe ser establecida alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, a cambio de los servicios y de la asistencia que este presta durante toda la vigencia del contrato. Por lo general, debe pagar una suma fija de dinero al franquiciante al principio de la relación y una regalía durante el transcurso de ella<sup>(28)</sup>”.

Se explica que la regalía es un porcentaje de los negocios del franquiciado y va a depender de una serie de factores como la penetración de la marca en el mercado y el valor de los conocimientos que son transferidos. Muchas veces puede ser consignada en pagos anuales o mensuales, pero en la mayoría de los casos, es fijada por medio de un porcentaje sobre la cifra de ganancia. Es llamada también, canon o royalty, pero lo importante del concepto es que el franquiciado hace pagos de un determinado porcentaje sobre la facturación que realiza al franquiciante, mientras dure el contrato de franquicia comercial<sup>(29)</sup>.

#### d) Fuentes de Aprovisamiento

En su caso, es posible la determinación o imposición de fuentes de aprovisionamiento de materias primas o productos manufacturados que sean objeto de distribución en la red de franquicia, o de los bienes de equipo necesarios para el desarrollo de la actividad franquiciada. Y ello a fin de mantener el goodwill de la red de franquicia y la uniformidad de imagen empresarial.

#### e) Territorio

La zona geográfica en la que el franquiciado gozará de exclusividad para desarrollar su negocio con éxito, es uno de los elementos que deben

estar presentes en el contrato de franchising. Esa ubicación geográfica puede determinar el éxito o el fracaso de la operación<sup>(30)</sup>.

La exclusividad territorial es un principio reconocido para proteger al franquiciado de otro franquiciado, o del propio franquiciador en el territorio contractual. Es por ello, que una de las obligaciones del franquiciante es no conceder el derecho de explotar la franquicia o parte de ella a terceros, ni explotar por sí mismo la franquicia cuando existe la cláusula de exclusividad territorial<sup>(31)</sup>.

---

<sup>28</sup> MARZORATI J., Osvaldo: *Sistema de Distribución Comercial*. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1990. p. 212

<sup>29</sup> ROMERO P., Jorge E.: *Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización de la Administración de Justicia*. Editorial Editorama S.A., Primera Edición, Costa Rica. 1999. p. 190 y 191

<sup>30</sup> ROMERO P., Jorge E.: *Contratos Económicos Modernos. Programa de Modernización de la Administración de Justicia*. Editorial Editorama S.A., Primera Edición, Costa Rica. 1999. p. 192

<sup>31</sup> PEREZ V., Víctor. *Derecho Privado*. Tercera Edición, Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1994. p. 155.

## **CAPITULO II.- La naturaleza de la Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia según la Doctrina Mercantil Internacional**

Asistimos en la actualidad a una evolución tecnológica, y con ella la simplificación de los negocios, las nuevas telecomunicaciones permiten y facilitan los procesos de información y por tanto la toma de decisiones, operándose en tiempo real y de forma deslocalizada, lo cual hace que muchas veces desaparezcan las largas negociaciones, lo que conlleva sin duda, a una revalorización de la confianza y la buena fe como el centro del ordenamiento privado y en especial de la materia contractual.

En la etapa de tratos preliminares, según la tradición de la doctrina Mercantil Internacional se asume como un imperativo de conducta el adecuarse a los parámetros fijados por la buena fe, la cual se entiende de forma general como el deber de lealtad y corrección<sup>(32)</sup>, o lo que es lo mismo: el deber de obrar de manera leal y correcta<sup>(33)</sup>, no obstante la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo.

Puede entenderse que de la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual (tanto en los tratos preliminares como en la oferta y aceptación) deriva para los particulares en una serie de deberes, que consisten básicamente en manifestar claramente las circunstancias personales u objetivas que puedan rodear las respectivas etapas de contratación, así como, un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte.

---

<sup>32</sup> FERRI, Luigi: *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*. Lima-Perú. Editora Jurídica Grijley, 2004. p.32

<sup>33</sup> BARROS B., Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. p.1001.

Por su parte, la información que las partes puedan obtener durante la fase de formación de los contratos garantiza que la prestación del consentimiento se realiza con conocimiento de las condiciones del negocio al que se pretenden incorporar. De ahí que, en esta fase, surjan deberes de información y de comportamiento leal que tratan de proteger a aquella de las partes que se halla en desventaja informativa para así corregir las desigualdades informativas que pudieran derivarse de la falta de formación, de la inexperiencia negocial, etc.

Es por ello, que las negociaciones previas a la celebración del contrato de franquicia tienen una relevancia especial, permiten un intercambio de informaciones entre franquiciador y franquiciado, quienes pretenden conocer toda la información necesaria para ambas partes, con la única finalidad de una posible puesta en marcha del negocio, además de evitar futuros conflictos.

## 2.1 Fases Contractuales

### 2.1.1 Fase precontractual

El estudio de la existencia del contrato ha de tener como punto de partida el análisis de la fase precontractual, expresión con la que se hace referencia al conjunto de actos que, preceden a su celebración.

En este sentido, es necesario tener en cuenta que “es común la doctrina que estima que en los tratos preliminares las partes no quedan obligadas, (...) animadas por una voluntad de discutir, pero no necesariamente de contratar, (...) de ahí la libertad de que gozan para exponer sus ideas, (...) su libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato, pero no hay duda de que entre las partes se ha establecido una situación jurídica precontractual que debe estar presidida por una idea básica: la necesidad de actuar de buena fe<sup>(34)</sup>”.

Cuando el posible franquiciado considera suscribir un contrato de franquicia, y empeñar sus esfuerzos financieros y habilidades comerciales, lo hace en el entendido de que este contrato previene una rentabilidad determinada, por lo que es fundamental para él conocer los hechos relacionados con la franquicia, y en especial ser informado sobre la perspectiva económica a partir de datos reales que le permitan poder tomar una decisión adecuada. Por su parte, el franquiciador, quien conoce la capacidad de éxito de su sistema de franquicia, cuenta con la rentabilidad del mismo como su principal argumento de convencimiento, mostrando que su franquicia tiene todas las posibilidades económicas en el mercado.

#### 2.1.2 Momento de perfección

El de franquicia es un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, surgiendo desde ese momento la obligación de las mismas de ejecutar las prestaciones pactadas. En principio no requeriría, forma escrita, aunque el carácter atípico del contrato recomienda su redacción por escrito para facilitar la prueba de sus estipulaciones.

Aún cuando el contrato es consensual, su duración y propia complejidad, aconsejan su redacción por escrito, la cual resulta imprescindible, aunque a diferentes efectos, en las distintas cesiones de bienes inmateriales, según su legislación específica.

#### 2.1.3 Vigencia del Contrato

Como contrato atípico, el de franquicia se regirá, primeramente, por la voluntad de las partes según las cláusulas contractuales, respetando y

---

<sup>34</sup> DIEZ P., Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, volumen II. Editorial Tecnos, 9na Edición, 2005. p.64.



cumpliendo sus términos de acuerdo con las normas generales de la contratación y con las específicas que le sean aplicables.

La tipicidad social de este contrato y el hecho de subyacer en él una clara función económica que lo caracteriza serán determinantes de que los usos y costumbres comerciales del sector sean decisivos tanto a la hora de interpretar esa voluntad como a la de integrarla.

No obstante la unidad de causa, la conjugación que en el contrato de franquicia se hace de prestaciones propias de otros contratos permite predicar del mismo, igualmente, un carácter mixto, que determinará su sometimiento distributivo a lo dispuesto en los tipos contractuales a que sean reconducibles las prestaciones de las partes.

#### 2.1.4 Extinción del Contrato

La franquicia se extingue por las causales generales de extinción de los contratos (vencimiento del término pactado, mutuo disenso, resolución por incumplimiento contractual...). No procede su extinción por aquellas otras específicas de los contratos duraderos de colaboración (desistimiento unilateral, muerte o declaración de fallecimiento de la parte...), dada la falta de afinidad de causa entre éstos.

En lo que al vencimiento del término se refiere, el de franquicia es un contrato de duración al que si se fija término suele hacerse mediante el acompañamiento de una cláusula prorrogativa o de renovación, sin perjuicio de la posibilidad de impedir anticipadamente el automatismo con el que esa prórroga o renovación operan. En tal caso, la voluntad disconforme habrá de notificarse a la parte contraria con la antelación suficiente a fin de evitar que el contrato llegue a prorrogarse o ser renovado, que la decisión y su notificación puedan considerarse adoptada y hecha abusivamente o sin

respeto a la buena fe contractual, y que, como consecuencia de ello, surja el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados.

El incumplimiento esencia y grave de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes justifica, para la contraria, la resolución del contrato, que, no obstante, habrá de ser notificada a la que lo incumplió, sin necesidad, en este caso, de observar un plazo de preaviso. El contrato se dará por extinguido, pues, a la recepción por la parte denunciada de la notificación escrita en la que consten la voluntad y causa extintivas.

Ciertamente la relación contractual de franquicia se ha articulado sobre la base de una confianza entre las partes que, recíprocamente, esperan un hacer de la contraria que redunde en su respectivo y, hasta cierto punto, común interés. Pero esa confianza, que en este caso no es la base de actuaciones por cuenta ajena, es la misma que el autor tiene en el editor y éste en aquél o el titular de la marca en el licenciataria de ésta y viceversa.

Sólo en el caso de que el contrato de franquicia se haya celebrado por tiempo indefinido, el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes podría poner fin al mismo, dado lo inadmisibile de una vinculación perpetua, y ello sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que puedan derivarse en el supuesto de que tal desistimiento no fuera actuado de buena fe, con su conveniente preaviso.

La extinción del contrato producirá como efecto inmediato el cese del franquiciado en la explotación de la franquicia. Dicho cese se materializará tanto en el uso de los signos distintivos a través de los cuales venía desarrollando su actividad de franquicia como en el del know-how que la caracteriza y que no haya llegado a ser de general conocimiento. Respecto de éste, la imposibilidad de que vuelvan a ser secretos los conocimientos revelados al franquiciado ha de implicar la obligación post-contractual, no

sólo de abstención de uso por el propio franquiciado sino también la del mantenimiento de su secreto; mientras que aquélla suele venir respaldada, en la práctica, por el frecuente y más amplio pacto de no competencia, ésta última puede serlo mediante la inserción de cláusulas penales que actúen, con rigor, como cláusulas disuasorias de la difusión del secreto.

En cualquier caso en el que proceda la indemnización de los daños y perjuicios padecidos por el franquiciado, para la valoración de éstos no puede perderse de vista su integración económica en la red de franquicia y el hecho de la absoluta pérdida de valor de las inversiones realizadas por el franquiciado una vez que se extingue el contrato.

## 2.2. Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia

### 2.2.1. Delimitación

En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, configuran un concepto muy amplio de los tratos preliminares, pues en dicha definición se comprenden no sólo los contactos preparatorios de un contrato definitivo, sino también todos aquellos acuerdos preparatorios entre las partes, que no contengan los elementos esenciales de un contrato definitivo.

Desde que las partes se ponen en contacto, hasta que se presta el consentimiento contractual, sucede normalmente un período de tiempo de gestación del contrato, en el que se suele discutir los términos de la oferta, o los intereses recíprocos de las partes, o las alternativas posibles de compromiso, hasta fijar las posiciones definitivas, que se manifiestan en el concurso de la firma de la oferta y de su aceptación incondicional.

Por ello, es muy común que los contratantes se pongan en contacto para discutir una oferta o sus respectivas posiciones, también se formulen unilateral o conjuntamente principios o intenciones, se adelanten a prueba o ensayo bienes o servicios, se entreguen presupuestos y planos, o aunque

formalicen contratos preliminares o preparatorios de un contrato definitivo, prometiéndose genéricamente comprar o vender u otorgarse preferencias o adelantos. Todos estos acuerdos preliminares, proclamaciones de intenciones, o contactos entre las partes, carecen en principio de eficacia vinculante, si no contienen los elementos esenciales de un contrato.

Esto nos lleva al primer problema planteado por los contratos de franquicia. El hecho de que la estipulación del contrato se produzca sin que el franquiciado llegue a conocer íntegramente el objeto del mismo, antes de prestar su consentimiento, como consecuencia del comprensible celo de los franquiciadores de salvaguardar sus secretos ante posibles divulgaciones que les perjudicarían a ellos mismos y a todos los miembros de su cadena.

Es por ello, que el franquiciador no puede, en la fase precontractual mostrar todo el funcionamiento de la empresa a quien todavía no forma parte de la cadena.

Pero, es de destacar que, la información que las partes puedan obtener durante la fase de formación de los contratos garantiza que la prestación del consentimiento se realice con conocimiento de las condiciones del negocio al que se pretende incorporar. De ahí que, en esta fase, surjan deberes de información y de comportamiento leal que tratan de proteger a aquellas de las partes que se halla en desventaja informativa y corregir las desigualdades que pudieran derivarse de la falta de formación, de la inexperiencia negocial, entre otras.

### 2.2.2 Deberes precontractuales de las partes

En general, se reconoce al franquiciador numerosos deberes precontractuales, pues basta iniciar negociaciones, para que entre los futuros contratantes se generen ciertos deberes que no tienen su justificación en el cumplimiento del contrato pues este no existe todavía o incluso puede no

llegar a existir sino en su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones.

Ahora bien, en la franquicia la buena fe exigible en toda fase precontractual se especifica, convirtiéndose en un auténtico deber jurídico de información para el franquiciador.

En primer lugar, la doctrina señala que su fundamento no es otro más que la protección del franquiciado, quien, parece encontrarse en una situación de desigualdad fáctica asimilable a la que concurre en los consumidores. De esta forma, parece que la obligación no es más que una respuesta del legislador a la especial fragilidad del futuro franquiciado, protegiéndole frente a las consecuencias que pudieran derivarse del conocimiento deficiente o inexacto que pudiera surgir si hubiera de ser él el que procurase la información necesaria para adoptar sus propias decisiones.

La doctrina general indica que, tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tienen el deber recíproco de informarse hasta cierto punto, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada culpa in contrahendo que genera un deber de indemnización aún en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término.

Una parte minoritaria de la doctrina se opone o niega la garantía de rentabilidad a cargo del franquiciador, sustentándola en el riesgo propio de este contrato, pues a su parecer, el franquiciador no está obligado a garantizar un determinado éxito de la franquicia en el mercado, dado que el contrato de franquicia es un contrato de ejecución sucesiva, en el cual el franquiciador sólo debe comunicar al franquiciado sus actividades de planificación y las labores de coordinación en relación con la franquicia. Aunque la doctrina advierte que si el franquiciador hace uso de cifras en las

negociaciones precontractuales, dichos valores deben ser ciertos y comprensibles. Esto es especialmente cierto cuando las elaboraciones del franquiciador provienen de su propia experiencia. Por supuesto, los valores de la rentabilidad están determinados por la aptitud de determinado lugar y de la región en la que se aspira a realizar la actividad económica.

No parece razonable comprometerse con una utilidad determinada, parece más sensato exponer las consideraciones y supuestos en que se funda una determinada rentabilidad, la experiencia del franquiciador y de los franquiciados que han hecho uso de la franquicia, así como los planes de desarrollo que pretende implementar hacia el futuro.

Sin embargo, en los eventos en que el franquiciador expone al futuro franquiciado una rentabilidad determinada, pronósticos de facturación, de ganancia, de requerimientos financieros y de inversión para el funcionamiento de la franquicia, la responsabilidad del franquiciador sólo tendrá lugar cuando éstos carecen de fundamento real, fáctico y comprensible.

Igualmente, si el franquiciador opera con prospectos o manuales de publicidad, debe incluirse en ellos los datos económicos orientadores y debe ser descrita con veracidad la aceptación de dicha franquicia en el mercado.

Con carácter general, el fracaso de las negociaciones no genera responsabilidad precontractual, salvo que la parte que haya roto o interrumpido las negociaciones haya actuado de mala fe o dicha ruptura o interrupción sea atribuible a la conducta de una de las partes. El inicio de las negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo genera el derecho de la otra parte a una indemnización de daños y perjuicios, pues dicha conducta es contraria a la buena fe. Asimismo, cuando en el momento de la celebración del contrato resulta imposible cumplir las obligaciones pactadas, la parte que

ha generado confianza sobre su cumplimiento debe responder frente a la otra parte por el incumplimiento.

En el derecho español, la responsabilidad precontractual se ha definido, tradicionalmente, como aquella que se deriva del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del contrato y, en particular, de la vulneración de la *bona fides in contrahendo*. Su naturaleza jurídica es todavía una cuestión controvertida: para la mayor parte de la literatura jurídica española, la responsabilidad surgida en el período anterior a la celebración del contrato y, en particular, la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, tendría naturaleza extracontractualista; para otros contractualista; y, para un sector minoritario, se configuraría como una responsabilidad autónoma o *sui generis*.

En cualquier caso, dicha responsabilidad exige, en primer lugar, que se haya creado una confianza razonable en la conclusión del contrato; en segundo lugar, que la ruptura no esté justificada y, en este sentido, se considera, con carácter general, que está justificada cuando se quiere proteger un interés jurídicamente más digno de tutela que el de la confianza o cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otras circunstancias, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta, en cuyo caso, ajustar su propia oferta; en tercer lugar, que se haya causado un daño al patrimonio de una de las partes y que exista una relación de causalidad entre dicho daño y la confianza suscitada.

La doctrina civil mayoritaria considera que, en estos casos, se debe indemnizar el interés contractual negativo o interés de confianza, a fin de colocar al perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haber iniciado las negociaciones. Dicho interés incluirá, al menos teóricamente, las pérdidas efectivamente sufridas o los gastos de celebración del contrato; las inversiones específicas o de confianza necesarias para la preparación del

proyecto contractual, siempre que estén justificadas con la aquiescencia de la otra parte y se encuentren dentro de los límites de la misma; y el coste de oportunidad de haberse celebrado el contrato o las ganancias dejadas de obtener por la pérdida de ocasiones favorables de celebrar un contrato con terceros, extremo este que puede ser harto difícil de acreditar y cuantificar en la práctica.

El análisis de los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a la fase precontractual permitiría extraer argumentos favorables a la compensación de las inversiones de confianza. Una regla de no responsabilidad, que impidiera obtener una compensación en todo caso, llevaría a la realización de inversiones subóptimas, pues la parte que hubiera realizado las inversiones habría de soportar todo su coste, pero no obtendría todo su beneficio.

Así como una regla de responsabilidad objetiva, que permitiera recuperar en todo caso las inversiones realizadas, con independencia de que la parte que solicitara la compensación hubiera provocado la ruptura de las negociaciones o hubiera confiado en exceso en el cierre de la operación, incentivaría a la sobreinversión.

Parece, pues, necesario compensar la pérdida de las inversiones de confianza realizadas en caso de ruptura de las negociaciones. Los acuerdos preliminares podrían constituir, en este sentido, medios de prueba decisivos del engaño suficiente y de la existencia de una situación de confianza razonable en el cierre de la operación cuando el mensaje optimista que hubieran transmitido sobre la viabilidad y ventajas de la operación se hubiera revelado posteriormente poco realista.

En cualquier caso, dicha responsabilidad exige, en primer lugar, que se haya creado una confianza razonable en la conclusión del contrato; en



segundo lugar, que la ruptura no esté justificada y, en este sentido, se considera, con carácter general, que está justificada cuando se quiere proteger un interés jurídicamente más digno de tutela que el de la confianza o cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otras circunstancias, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta, en cuyo caso la buena fe sólo impone un deber de comunicación a la otra parte para que pueda, en su caso ajustar su propia oferta; en tercer lugar, que se haya causado un daño al patrimonio de una de las partes y que exista una relación de causalidad entre dicho daño y la confianza suscitada.

#### 2.2.2.1. Obligación de actuar de Buena Fe

En la etapa de tratos preliminares, en la tradición europea continental se asume como un imperativo de conducta el adecuarse a los parámetros fijados por la buena fe, la cual se entiende de forma general como el deber de lealtad y corrección, o lo que es lo mismo: el deber de obrar de manera leal y correcta, no obstante la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo.

La buena fe se constituye como una fuente de las obligaciones y de los límites impuestos a la conducta humana, estimando que como principio debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie.

Por tanto la fuente legal de estos deberes accesorios o secundarios de conducta se hallan en una norma dispositiva de carácter superior y es el principio de la buena fe, el cual gobierna absolutamente todas las relaciones negociables existentes, pues esta es sin duda la creadora de la obligación de una norma de conducta social y prejurídica, y por tanto la verdadera fuente

de la obligación de la buena fe es la relación social dirigida a la preparación del contenido del contrato.

En los Estados europeos, donde existe expresa disposición legal sobre la conducta que las partes deben mantener o conservar (Italia, Alemania, Portugal y Grecia), el determinar su origen legal en principio no es tarea difícil, situación que cambia sustancialmente en el caso de la normativa francesa y española, donde hay que acudir a una labor integradora y extensiva de los principios de la buena fe y de las obligaciones nucleares que emanan del contrato.

La buena fe, como el principio de solidaridad, se especifica en el fundamento o código de conducta; este canon de la buena fe se refiere principalmente a la formación e interpretación del contrato, que impone una lealtad de comportamiento. De tal forma que se puede afirmar que, cuando una de las partes en esa etapa de formación no ha empleado adecuadamente la energía y los medios idóneos para la realización del negocio jurídico, ha faltado a la adecuada y correcta diligencia que deben tener los sujetos prenegociales. Así, entonces la diligencia impone a las partes el cumplimiento de los deberes emanados de la buena fe, conllevando a direccionar las negociaciones sobre una lógica fundada sobre un constante intercambio de informaciones, instaurar o restaurar la confianza (según sea el caso), escuchar atentamente, y sobre todo fundamentar este iter contractual en unos principios morales que, sin duda, dará un pro a la seguridad jurídica y obligacional.

Este interés se halla jurídicamente tutelado, y por tanto opera contra todas aquellas conductas dolosas o culposas y se consagra en los preceptos de la buena fe *in contrahendo*, y en los principios de respeto y consideración al derecho del otro. También esta protección se debe hacer de conformidad

con las realidades del mercado, que obligan al derecho a hacer un análisis económico, y a conciliar lo justo y lo bueno con lo equitativo y lo provechoso.

Puede entenderse que de la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual (tanto en los tratos preliminares como en la oferta y aceptación) se derivan para las partes una serie de deberes que consisten básicamente en manifestar claramente las circunstancias personales u objetivas que puedan rodear las respectivas etapas, y un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte, las circunstancias específicas que no puedan ser conocidas por el futuro contratante luego de un estudio profesional adecuado y que constituyen en cierta forma extensión de las obligaciones pre y poscontractuales.

Dando continuidad a la exaltación dada al principio de la Buena Fe, cabe resaltar su valor esencial el cual también debe tenerse implícito en el comportamiento Pre-contractual, sirviendo de elemento identificador y determinador para la existencia de la responsabilidad ocurrida en esta etapa.

Debe indicarse igualmente, que en el derecho anglosajón el deber de buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocido como en el derecho continental, no obstante se observa un avance, por lo menos en el caso norteamericano, donde el Código de Comercio Uniforme ha señalado en el § 1-203 que se impone a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento.

Lo cierto es que las cortes en los Estados Unidos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual<sup>(35)</sup> afirmando a su vez que el deber de buena fe o *fair dealing* no se extiende a las negociaciones preliminares<sup>(36)</sup>. Ahora, y en cuanto al deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato,

está reconocido en los principios y normas de la *lex mercatoria*. Así se expresa en los principios de UNIDROIT:

Artículo 1.7.

“Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.”

Tal como lo señala la citada formulación de los Principios de UNIDROIT, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que “en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”.

En los Principios del Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente en el artículo 2301 la libertad de celebrar o no un contrato en virtud de la libertad de negociación, pero señalando en el numeral segundo que: “Sin embargo, la parte que hubiera iniciado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte”. Se establece además en el numeral tercero que: “Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra”.

Si bien es cierto que a raíz de un eventual incumplimiento de las obligaciones a las cuales se ven comprometidas las partes del contrato de franquicia en la etapa precontractual las respectivas negociaciones deriven en el mencionado fracaso, también es cierto que puede llegarse a suscribir el

---

<sup>35</sup> FRANSWORTH, E. Allan, *Contracts*, 3era. Edición, Aspen Law & Business, New York, 1999. pp. 194 a 195.

<sup>36</sup>FRANSWORTH, E. Allan, ob. Cit, pp. 195.

contrato sin que se haya observado el incumplimiento ocurrido, por lo que a la vida jurídica nace válidamente el contrato, aunque el mismo estaría viciado a partir del momento en que se alegue el incumplimiento.

La consecuencia inmediata del requerimiento dentro del contrato por el incumplimiento precontractual hallado, dependería del tipo de situación que se esté tratando. Sin embargo, se debe tener presente que, en derecho privado no existe discusión al determinar que los tratos preliminares dirigidos a la celebración del contrato de Franquicia, pueden generar responsabilidad para la parte que los incumpla, siempre y cuando, como lo exponíamos anteriormente, vulnera el principio de la Buena Fe.

Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema Colombiana ha pronunciado lo siguiente: “Es verdad inconcusa que los contrato surgen a la vida del derecho en virtud del acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Mas, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro; es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos estos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina denomina estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas, para su aceptación o rechazo (Código de Comercio Colombiano, artículo 845)”.

Por su parte, y de forma general aplicable a todos los contratos, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: “(...) para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la

distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento (...). Conforme a lo dispuesto por el artículo 846 del Código de Comercio la oferta para la celebración de un contrato es irrevocable y, por consiguiente, si el proponente se retracta luego de comunicada, habrá de indemnizar al destinatario los perjuicios que con esa conducta le ocasione, norma esta que guarda perfecta y estrecha armonía con lo preceptuado por el artículo 863 del mismo código, que ordena a las partes indemnización de los perjuicios que se causen cuando una de las partes no actúe con buena fe exenta de culpa en el período contractual...”

Basados en lo anterior, tanto el Franquiciante como el Franquiciado, a lo largo de sus negociaciones pre-contractuales deben tener especial cuidado y deber de obrar conforme al principio de buena fe exenta de culpa, manifestando de forma clara y real su capacidad de contratación evitando en todo momento el causar perjuicios a la otra parte.

En Estados Unidos, existe un sin número de normatividades y pronunciamientos jurisprudenciales (tanto a nivel federal como estatal), por medio de los cuales se han establecido diversos derechos y obligaciones en cabeza de cada una de las partes (franquiciante y franquiciado), tendientes a proteger generalmente no solo la relación contractual, sino también, en

particular al franquiciado debido a la desventaja económica que presenta frente a su contraparte.

#### 2.2.2.2. Obligación de Información

Con base en el principio de la buena fe se pueden aplicar ciertas reglas en la relación precontractual del contrato de franquicia, según las cuales se exige para las partes del contrato que den informaciones correctas recíprocamente sobre las circunstancias que en un futuro serán primordiales en el desarrollo del contrato. Lo anterior se puede asegurar debido a que en la mencionada fase se desarrolla una progresiva y necesaria actitud de colaboración que en ese momento se traduce en un oportuno intercambio de información, especialmente de los aspectos económicos y jurídicos que afectarán a las partes.

Sobre la información de carácter puramente económico que se predica por parte del futuro franquiciado, se traduce está en la adopción de medidas oportunas para poner en conocimiento del franquiciante determinadas circunstancias que éste le requiera, tal como la demostración de su capacidad empresarial y financiera para emprender la explotación de la futura empresa, además de ciertas cualidades personales que asegurarán el debido desarrollo por su parte del contrato, por medio de las cuales se puede confiar en una suficiente solvencia como empresario independiente.

Respecto al franquiciante, el deber de información tiene una especial relevancia la cual habitualmente goza de una posición dominante económicamente hablando con respecto a su contraparte, ya que normalmente el futuro franquiciado no cuenta con mayor experiencia empresarial que le permita afrontar con solvencia la relación contractual que se plantea. Desde este punto de vista, el franquiciante podría llegar a exagerar las ventajas que podría traer el negocio para el franquiciado,

realizar falsas promesas al franquiciado, mostrar datos falsos sobre las previsiones de la empresa, además de ocultar los eventuales inconvenientes de una fórmula que, ofrecida sin las más elementales garantías, puede resultar ficticia y vacía en su contenido, configurando así lo que para algunos autores es llamada una “venta de humo”, por medio de la cual se realiza el ofrecimiento de oportunidades empresariales puramente teóricas sin reales posibilidades de desarrollo comercial, carentes de viabilidad alguna, que podrían transgredir los límites del Derecho penal en determinados casos.

El deber precontractual de información tiene incidencia en la formación del contrato al afectar de manera directa la manifestación del consentimiento de las partes que negocian. Este deber de información recae con mayor peso en cabeza del franquiciador, quien debe dar todos los datos, experiencias, etc., que puedan afectar la decisión en la manifestación del consentimiento del franquiciado. Esta información, que debe ser suficiente, veraz y completa, parece ser en algunas legislaciones, como un deber esencial del franquiciador en la etapa precontractual que se desprende de la buena fe y la lealtad comercial que debe imperar en los negocios.

No se puede olvidar que en el futuro contrato quedarán plasmadas las condiciones generales a las que el franquiciado se deberá adaptar en caso de querer entrar en la red comercial que implica la franquicia teniendo en cuenta que el contrato es por regla general de adhesión, además de ser redactadas, entre otras, cláusulas en las que se determina la exclusividad territorial (que beneficia al franquiciante que evita una saturación de mercado, con los inconvenientes que ello trae, y al franquiciado porque asegura que abarcará todo el mercado), la contraprestación pecuniaria que recibirá el franquiciante (bien sea en pago de “ingreso a la red”, porcentaje periódico de ventas, o ambos), método de aprovisionamiento de mercancías, porcentajes de compra mínimos, etc. Por lo anterior, el franquiciado debe



recibir conocimiento suficiente de estas y demás cláusulas para tener conocimiento de lo que serán los elementos esenciales del acuerdo de franquicia que se dispone a suscribir.

Y es por ello que, al ser seleccionada mutuamente la futura contraparte contractual, es necesario brindar la información respectiva sobre la naturaleza y los caracteres de la empresa, además de los términos del futuro contrato, lo que se debe asumir como una verdadera obligación. Este otorgamiento de debida información mutua ha sido entendida como una verdadera obligación entre las partes por la AEF (Asociación Española de Franquiciadores), basándose en lo establecido por las normativas norteamericana y francesa sobre el tema y las recomendaciones que al respecto ha brindado la FEF (Federación Europea de Franchising).

Al respecto, el artículo 5.4 de la ley 7 de 1998 española, sobre condiciones generales de contratación, establece que la redacción de cláusulas impuestas por el franquiciante “deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Norma que se debe cumplir hasta tal punto que “se considerarán como no incorporadas al contrato aquellas cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato”.

De la anterior norma se pueden deducir dos conclusiones claras: es de vital importancia que se dé una clara información por parte del franquiciante al momento de desarrollarse la etapa precontractual; la normativa española asume que se trata de un contrato de adhesión al aplicar este artículo en particular a la franquicia, ya que se asimila al franquiciado con el “adherente”, existe una clara participación del estado en materia de protección a la parte más débil, económicamente hablando en el contrato, ya que se le exige la obligación al franquiciante, pero no se adapta a la información que puede brindar el franquiciado.

---

Por otra parte, la ley “Doubin” francesa, de diciembre 31 de 1989, prevé las informaciones precontractuales en las negociaciones de los contratos de distribución y de franquicia, así como el derecho norteamericano, en la “Full Disclosure Rule” de 1979, da una importante relevancia al período de negociación previo al contrato como tal, otorgando una protección específica al potencial franquiciado, ya que existe la obligación para el franquiciante de otorgar a su contraparte un documento (Basic Disclosure Document) con contenido imperativo impuesto por la rule donde se de constancia entre otras, de su identidad, solvencia, naturaleza exacta del negocio propuesto, etc., todo esto antes que el franquiciado manifieste su consentimiento.

Al respecto, el artículo 4º del Código Deontológico de la Federación Francesa de Franquicia (FFF) establece que el franquiciante debe dar a su contraparte, antes de la firma de cualquier compromiso, “informaciones de fácil verificación que parten de una o varias experiencias anteriores, precisando las condiciones de explotación de la franquicia propuesta”. En el Código Deontológico de la Asociación Inglesa de Franquicia (British Franchise Association, BFA) se habla de la “información preventiva completa y veraz a los candidatos franquiciados”.

Se ha dicho que la información precontractual no queda ligada exclusivamente a la oferta del contrato y, en su caso, a la aceptación de la misma, actos dotados de claro contenido jurídico, sino a cualquier actividad humana de declaración, capaz de influenciar el proceso volitivo del contratante o de de alterar el estado de hecho o de derecho preexistente en relación a la formación de la contratación <sup>(37)</sup>, por lo que la debida información

---

<sup>37</sup> ECHEBARRIA S., Joseba: “El Contrato de Franchising”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid. 1995. pp. 244.

se puede entender sobre actos ausentes de carácter jurídico, como lo es la publicidad.

Dentro de las obligaciones precontractuales para el franquiciante se encuentra que el ámbito del deber de información federal norteamericano, conocido como “business opportunities ventures”, se establece el deber del franquiciante, sus agentes, y representantes de obtener autorización para la venta de los derechos de franquicia, así como hacerlos públicos con el debido registro. Los deberes de información afectan cualquier actuación de publicidad, oferta o inclusión contractual sea escrita u oral. Lo importante es que la oferta tenga un contenido claro y preciso.<sup>(38)</sup>

La información que se intercambia en la etapa precontractual puede versar sobre estados financieros y diferentes documentos de contenido estadístico que reflejan la situación económica de las empresas contratantes. Para la legislación norteamericana, estas son las “obligaciones Sobre los Estados Financieros” (obligations of Respect to Financial Statements), según las cuales, cuando se busque obtener una autorización del gobierno para poder franquiciar, el comerciante que lo desee, debe escoger un formato de FOC (circular de ofrecimiento de la licencia) en el cual se le exigen declaraciones financieras certificadas por un contador público certificado, que haya ejercido independientemente a la compañía durante los últimos tres años. Las compañías tienen cierta trayectoria, podrán justificar su estabilidad y la seguridad de sus actos a través de sus estados financieros, cualquier información financiera histórica, estadísticas, previsiones financieras, u otro crédito e información de gasto.

---

<sup>38</sup> ECHEBARRIA S., Joseba: “El Contrato de Franchising”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid. 1995. pp. 214.

Si la compañía que desea poner su negocio bajo el sistema del franchising se ha formado recientemente, tendrá que aportar a dicha autorización su acta de constitución, donde aparecen los elementos esenciales de la misma. Se asemeja al contrato de sociedad, donde se dan a saber su actividad, su capital y su responsabilidad que en definitiva, son los elementos esenciales que determinarán el grado de confianza al ser una compañía nueva que necesita empezar a realizar operaciones mercantiles.

### El caso Alemán

Según los principios del derecho civil alemán, corresponde a cada parte de un contrato informarse y analizar los pros y los contras que se generan con la suscripción de éste. Mientras que en ordenamientos jurídicos como en Estados Unidos, España y Francia la ley de manera expresa dispone el deber precontractual de información por parte del franquiciador, en Alemania tal deber no se especifica por vía legal sino jurisprudencial, dado que el contrato de franquicia en ese país carece de regulación.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, con excepción de la Corte Suprema de Justicia Alemana que hasta ahora no se ha pronunciado sobre el particular, han desarrollado el concepto del deber precontractual de información, y han dispuesto que dentro de las negociaciones previas al contrato de franquicia, el futuro franquiciador tiene el deber de informar y dilucidar los aspectos relacionados en torno a la rentabilidad del negocio sobre el que se otorgará la franquicia. Sólo se puede llegar a excusar dicho deber en aquellos eventos en los que el futuro franquiciado ya se desempeña como empresario en el mismo sector económico de la franquicia, o cuando ya conoce el sistema de franquicia proporcionado por ese franquiciador. Cuando el posible franquiciado considera suscribir un contrato de franquicia,

y con él desempeñar sus esfuerzos financieros y habilidades comerciales, lo hace en el entendido de que este contrato apareja una rentabilidad determinada, por lo que es fundamental para él conocer los hechos relacionados con la franquicia, y en especial ser informado sobre la perspectiva económica a partir de datos reales que le permitan poder tomar una decisión adecuada. Por su parte, el franquiciador, quien conoce la capacidad de éxito de su sistema de franquicia, cuenta con la rentabilidad del mismo como su principal argumento de convencimiento, mostrando que su franquicia tiene todas las posibilidades económicas en el mercado.

La doctrina general indica que tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tienen el deber recíproco de informarse hasta cierto punto, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada *culpa in contrahendo* que genera un deber de indemnización del interés contractual negativo aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término.

La jurisprudencia aplica este principio por ejemplo, dotando al posible franquiciado de elementos para juzgar la rentabilidad del negocio, aunque existe una doctrina minoritaria que se opone a ello, particularmente en el contrato de franquicia.

En ejercicio de este deber precontractual, la doctrina advierte que si el franquiciador hace uso de cifras en las negociaciones previas al contrato, dichos valores deben ciertos y comprensibles. Esto es especialmente cierto cuando las elaboraciones del franquiciador provienen de su propia experiencia, como por ejemplo, cuando provienen de su propio sistema de filiales, en cuyo caso estas cifras deben ser más que un burdo cálculo. Por supuesto, los valores de la rentabilidad están determinados por la aptitud de determinado lugar y de la región en la que se aspira a realizar la actividad

económica, así como el valor del arrendamiento o de la compra de los inmuebles relacionados con la actividad, por lo cual parece adecuado incorporar dichas consideraciones<sup>(39)</sup>.

Sin embargo, en los eventos en que el franquiciador expone al futuro franquiciado una rentabilidad determinada, pronósticos de facturación, de ganancia, de requerimientos financieros y de inversión para el funcionamiento de la franquicia, debe hacerse una distinción que ni se advierte claramente en la jurisprudencia alemana. Se ha malinterpretado por parte de algunos tribunales <sup>(40)</sup> que al franquiciador le asiste responsabilidad sólo por el hecho de pronosticar para la franquicia un determinado comportamiento financiero que finalmente no se materializa.

La responsabilidad del franquiciador por los pronósticos, por facturación y planes de rentabilidad sólo tendrá lugar cuando éstos carecen de fundamento real, fáctico y comprensible. Se puede generar una responsabilidad por los pronósticos expuestos si éstos están fundamentados no en el comportamiento promedio de la franquicia, sino en los casos más exitosos exclusivamente.

Igualmente, si el franquiciador opera con prospectos o manuales de publicidad, debe incluirse en ellos los datos económicos orientadores y debe incluirse en ellos los datos económicos orientadores y debe ser descrita con veracidad la aceptación de dicha franquicia en el mercado.

Sobre el alcance de la información relevante a fin de cumplir la obligación precontractual de información, parece existir consenso en cuanto

---

<sup>39</sup> BRAUN, Frank: *Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen*. NJW 1995, pp.8-504.

<sup>40</sup> Ver: BGH, Juicio de 7.10.1987 –IV a ZR 67/86, WM 1987, pp. 1557, 1558. La posición minoritaria de la doctrina en relación con la responsabilidad del franquiciador por la facturación y la rentabilidad ha tenido lugar con ocasión del fallo de OLG München, Juicio de 24.4.2001 – 5 U 2180/00 BB 2001, 1759 (Conocido como el “Juicio Aufina”).

al deber de referirse a la ubicación del establecimiento de comercio, la estructura poblacional donde ha de tener impacto la franquicia, la existencia de competidores y sus fluctuaciones, y las ventajas y desventajas del lugar sugerido para la franquicia. La doctrina suele incluir como información vital los datos sobre la mano de obra y capital requeridos para el desarrollo de la franquicia, naturaleza y contenido del “Know-How” cedido, y datos de costos y facturaciones del sistema de franquicia en cuestión. La existencia de manuales o cursos de entrenamiento insustanciales o inútiles por presentar información general o poco determinante generan responsabilidad a cargo del franquiciador.

La jurisprudencia advierte el deber que le asiste al futuro o potencial franquiciado y al franquiciador de compartir información veraz. Esto significa para el franquiciador, que éste debe poner en conocimiento información sobre las posibilidades de éxito de la franquicia, a la veracidad de las cifras empleadas para la comparación de su sistema de franquicia con otros franquiciados, y sobre el nivel de capital requerido para el éxito de ésta franquicia. Este deber se exige particularmente para la publicidad cuando el franquiciado carece de experiencia. Así mismo, el franquiciador se encuentra obligado frente al futuro franquiciado a mostrar previamente sus cargas financieras y laborales. El potencial franquiciado por su parte, debe calcular las inversiones iniciales en el período inicial y las verdaderas posibilidades de obtener ganancias.

Si el franquiciado ha sido engañado en la etapa precontractual en torno al nivel de facturación esperado en la franquicia, el franquiciador estará obligado a indemnizar cuando las cifras pronosticadas no se encuentran justificadas en la realidad de la franquicia y estas cifras fueron decisivas para la manifestación de la voluntad del franquiciado en el contrato de franquicia.

Hay que destacar que si el sistema de franquicia prometió inicialmente al franquiciado un determinado nivel de éxito, y éste se consigue, se puede presumir que las diferencias posteriores en los márgenes de utilidad no se deben a las deficiencias en el deber de asesoría o a la información proporcionada por el franquiciador. Así mismo, la doctrina acepta la existencia de una frontera en relación con la información a proporcionar y al deber de asesoría, lo que se encuentra justificado en los intereses del franquiciador, los secretos industriales y en el carácter confidencial del “know-how” que no deben ser expuestos precontractualmente.

Asimismo, se entiende que cuando el franquiciador se encuentra obligado a indemnizar por haber formulado datos erróneos, y con ello haber incumplido su deber precontractual de aclaración, no puede alegar concurrencia de culpas por parte del franquiciado, por haber obrado de manera irreflexiva o imprudente, y haber confiado en las recomendaciones del franquiciador, la única frontera a la responsabilidad del franquiciador por haber suministrado datos erróneos es el evento en que a su juicio, el juez considere que el franquiciado ha presentado gastos excesivos.

La jurisprudencia alemana ha sido prolífica en relación con los deberes precontractuales de información por parte del franquiciador, pero calla en relación con deberes precontractuales que pueden corresponder al franquiciado. No obstante, en dichos tribunales se ha aceptado la concurrencia de culpas, y consecuentemente la disminución de la indemnización a cargo del franquiciador, siempre y cuando éste no haya obrado con dolo. Lo anterior debe ser interpretado en concordancia con el §254 BGB del Código Civil Alemán que contienen la disposición relativa a la concurrencia de culpas, y que establece las siguientes consideraciones: 1. La obligación de eliminar el perjuicio por quien lo ha inferido, así como la de repararlo debe ir hasta el punto en que el detrimento ha sido ocasionado por



el perjudicado, si éste ha contribuido en la conformación del mismo; 2. La anterior reducción en la indemnización por concurrencia de culpas también tiene aplicación en los eventos en que el afectado debía observar especial cuidado frente a quien causó el perjuicio.

Adicionalmente, los tribunales han advertido la prohibición de “*venire contra factum proprium*” que dispone que nadie puede ir en contradicción de su conducta previa, pues las personas están obligadas en los términos de §242 BGB a actuar de buena fe, y en consecuencia deben propender por el cumplimiento de sus deberes conforme lo requiere usualmente el tráfico jurídico.

Mientras, que la doctrina indica que tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tiene el deber recíproco de informarse hasta cierto punto, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada *culpa in contrahendo* que genera un deber de indemnización del interés contractual negativo aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término.

Finalmente, para verificar el alcance del deber precontractual de información, puede tomarse con referencia el Código Europeo de Ética para el Contrato de Franquicia, que surge en 1972 como alternativa a las limitadas referencias o regulaciones sobre el contrato de franquicia en dichos países. Fue elaborado por la European Franchise Federation (EFF) en sintonía con la Comisión de la Unión Europea (EG-Komission) y la Asociación Nacional de Franquicias de Alemania (Deutsche Franchise Verband e.V.), y ha sufrido varias modificaciones. Este código ha sido reconocido por la industria, la Comisión Europea y por el Tribunal de Justicia Europeo, y la jurisprudencia francesa y alemana.

Este código tiene los siguientes axiomas:

En general, se espera por parte del franquiciador que la información que proporcione sea verdadera, completa e inequívoca, libre de ambigüedades y errores.

Cualquier material publicitario, advertencia o mensaje que haga referencia directa o indirectamente a la rentabilidad de la franquicia, expectativas de ganancias para los franquiciados, debe ser objetiva y no generar engaños.

El franquiciado debe proporcionar al franquiciador un curso inicial en relación con la franquicia, y durante la vigencia del contrato debe proporcionar apoyo técnico o comercial.

El franquiciado debe preocuparse por el crecimiento económico de su empresa, conservación de la identidad común y el buen nombre de la franquicia.

El franquiciado debe permitir que el franquiciador o su delegado verifiquen su información contable y financiera, durante un período adecuado, a fin de poder constatar la gestión realizada por el franquiciado.

Al franquiciado no le está permitido durante la duración del contrato, o a su finalización, divulgar el Know-how que le fue transmitido.

El franquiciador debe elegir como franquiciado a quien, luego de un cuidadoso proceso de comprobación y verificación, cumpla con los requisitos mínimos técnicos, aptitud personal y medios financieros para el desarrollo adecuado del negocio.

#### 2.2.2.3 Obligación de lícita publicidad

Esta obligación está directamente relacionada con la anterior, y al respecto debe tenerse en cuenta la posible publicidad engañosa en la que

incurriría el franquiciante en caso de realizar alguna difusión, a los posibles candidatos, sobre un supuesto sistema de franquicia basado en datos que no son auténticos, con la única finalidad de la captación de futuros miembros de la red (y con ellos su canon de entrada a la misma), sin que la información corresponda con la existencia previa de una sólida y experimentada base patrimonial, dotada de la suficiente organización para que se puede hablar efectivamente de la creación de una nueva “empresa franquiciada”.

Al respecto, es destacada dentro de la normativa internacional la Ley General de Publicidad española, que en su artículo 4º define publicidad engañosa como la que “de cualquier manera pueda inducir a error a sus destinatarios pudiendo llegar a afectar a su comportamiento económico”. En el caso de la franquicia, en particular, el desarrollo de la anterior norma se refleja en el hecho de inducir al candidato a ser franquiciado al perfeccionamiento del contrato, cuyos términos han podido ser falsamente expuestos, con las consecuencias de tipo económico que de ello surgirían.

La mencionada ley, en su artículo 5º manifiesta que también se entiende como engañosa aquella publicidad que “silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”, que en este caso son los futuros franquiciados.

La publicidad engañosa puede fácilmente ser desarrollada por cualquier franquiciante, ya que la experiencia a nivel mundial ha reflejado que quien está interesado en el desarrollo de una franquicia, en el papel de franquiciante, es una persona (sea natural o jurídica) que no tiene amplia experiencia en el medio, y que por consiguiente puede ser engañado por su contraparte haciendo uso de términos puramente técnicos expuestos de una manera más complicada de lo normal, con una redacción de cláusulas que tiene un significado diferente al que parece a primera vista, y realizando una

selecta omisión de datos que, en principio, no sería advertida por el futuro franquiciante.

Sobre el tema en discusión, es importante a nivel internacional el tratamiento dado por diferentes entidades a la posibilidad que está abierta para el franquiciante de usar publicidad ilícita para las actuaciones llevadas a cabo en la etapa precontractual. Tal es el caso del “Bureau de Vérification de la Publicité” del Derecho Francés, que ha elaborado una recomendación sobre las pautas a seguir en la publicidad usada para operaciones de franquicia, que no tiene carácter imperativo, pero que goza de un amplio ascendente moral, además, el Código Deontológico de la Federación Europea de Franchising se ha pronunciado al respecto, entendiendo a la publicidad usada en la etapa precontractual como “publicidad de reclutamiento”, la que debe ser siempre honesta y sincera, es decir, sin ambigüedades que puedan llegar a crear confusión, de manera que “toda publicidad que pueda contener alusiones directas o indirectas a los resultados, cifras o datos relativos a ventas o posibles beneficios será objetiva, completa y verificable; así como que la información relativa a los aspectos financieros de adquisición de la franquicia será detallada y habrá de indicar el montaje real de las inversiones a realizar”.

#### 2.2.2.4 Obligación de Registro

En algunos países donde se ha desarrollado ampliamente la figura contractual de la franquicia, han desarrollado para quienes la suscriben la obligación de realizar un registro que se podría comparar con el registro mercantil desarrollado por las cámaras de comercio para dar conocimiento público a las características y datos generales de quienes ejercen el comercio. En este caso, lo que menciona el registro son datos mínimos respecto a la identidad del franquiciante que puedan resultar interesantes para futuros franquiciados. Tal es el caso de España, donde esta obligación

está registrada en el artículo 62.2 de la Ley 7 de 1996 sobre Ordenación del Comercio Minorista, por medio de la cual se exige el debido registro a “las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores”.

#### 2.2.2.5 Obligación de Secreto

El deber de secreto o confidencialidad consiste en guardar reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión de los tratos previos se haya conocido del otro. En la oferta, o aun en las tratativas precontractuales, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada. El no proceder así contraría la buena fe y lealtad negocial, al igual que utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión.

También cabe destacar que este deber ha sido desarrollado en Colombia por la Ley 256 sobre competencia desleal, la cual en el artículo 16 consagra como un acto de tal naturaleza la violación de secretos, en los siguientes términos: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que ello sea preciso que ocurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta ley”.

En los Principios de Unidroit 2004 se ha reconocido el deber de confidencialidad en los siguientes términos:

Artículo 2.1.16

(Deber de Confidencialidad)

“Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelar ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

Igualmente, en el proyecto de Código Europeo de Contratos se consagra este deber así:

Artículo 8º. Deber de reserva.

“1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones”.

Un origen normativo que puede encontrarse para esta obligación se presenta en España, en el artículo 4º del Real Decreto 2485 de 1998, según el cual “el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”.

No obstante existir regulación legal al respecto, es opinión de cierto sector de la doctrina que aún cuando este deber no se exija expresamente

deber ser entendido por el franquiciado ya que su contraparte también ha de respetar la información que le suministre en la etapa precontractual, además, los sujetos participantes del contrato obtienen cierto tipo de información que de no tratarse de una etapa precontractual, no hubieran obtenido, y deben tener suficiente reserva sobre ella en virtud del principio de buena fe que debe ser primordial en cualquier negociación previa a la conclusión, no solo de un contrato de franquicia, sino de cualquier contrato mercantil en general.

Al hablar de la información recibida sobre la cual se debe guardar deber de confidencialidad, debe darse especial importancia a las características del Know How, entendido este como un bien que, de por sí mismo, goza de un valor patrimonial.

Sobre este punto, a nivel internacional, se tiene en cuenta los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, que en su artículo 2.16 tratar el deber de “confidencialidad”, no solo como se ha visto anteriormente, sino agregando consecuencias pecuniarias ante el incumplimiento de esta obligación al mencionar que: “si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelar ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

El anterior artículo tiene plena aplicación en el contrato de franquicia a nivel internacional, ya que en el preámbulo de los mencionados principios se menciona que ellos “establecen las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.

#### 2.2.2.6 Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa

Este deber obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación. Puede advertirse un comportamiento doloso, cuando una de las partes inicia o prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato. Habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber la suficiente determinación en la perfección del contrato. En estos casos, se incurriría en violación del deber mencionado al retirarse de las negociaciones.

Este deber está reconocido en los principios UNIDROIT, en el artículo 2.1.15 donde se señala que negociar o interrumpir las negociaciones de mala fe obliga a indemnizar los principios resultantes.

Tal vez como contenido en este, puede entenderse el deber de orientar el negocio a su realización, esto es, negociar con intención real de celebrar el contrato, aunque en la práctica no se llegue a ello.

Los principios regulan el tema de las negociaciones con mala fe de la siguiente manera:

#### Artículo 2.1.15

(Negociaciones con mala fe)

“Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.



En especial, se considerará mala fe el entrar en o continuar negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo”.

### 2.3 Responsabilidad precontractual en el Contrato de Franquicia

Las conversaciones preliminares tienen por objeto preparar el consentimiento de las partes para la conclusión del contrato, es en ella cuando se decide la suerte del contrato. Por tanto, las primeras manifestaciones de voluntad emitidas son provisionales, imprecisas y débiles, no tienen el poder de formar el contrato proyectado.

Así pues, esta fase previa o precontractual es ante todo, preparatoria, esencialmente destinada a remover obstáculos. Implica debate en torno al contenido del posible contrato, y esto supone aproximación de puntos de vista entre los eventuales contratantes, inicialmente distantes y opuestos, y que en ocasiones estos acercamientos se hacen incluso no por los comerciantes directamente, sino por intermedio de sus auxiliares o dependientes. Estos tratos pueden desarrollarse de modo verbal o por escrito, con independencia de que luego el contrato se estipule documentalmente o no.

Como toda relación jurídica, implican una conexión de situaciones en las que se desenvuelven los sujetos portadores de sus respectivos intereses, y a los que el ordenamiento jurídico impone deberes correlativos. Diríamos entonces que la relación jurídica precontractual se halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo.

En el primero de ellos se engloban todas las actuaciones de las partes dirigidas a la formación del contrato (reuniones, proyectos, viajes, estudios, etc.) y es inseparable de la relación social que establece el soporte de las negociaciones. El segundo elemento, el subjetivo, es derivación inmediata de

los principios rectores del ordenamiento jurídico, de esta manera quienes actúen en esta fase precontractual han de ajustar su conducta al criterio de la “buena fe”.

De hecho al iniciar las negociaciones, se deriva para ambas partes la necesidad de actuar conforme a la equidad comercial y la buena fe, tal consentimiento expreso o tácito, implica que las negociaciones deben seguir su curso hasta la oferta definitiva, a menos de un desacuerdo previo, justificado por la divergencia de intereses económicos, tal como resultaría de las proposiciones parciales en el supuesto de que estas se supusiesen mantenidas. Salvo esta divergencia económica así caracterizada, la reticencia deducida de las negociaciones mismas, sigue siendo posible, ya que la voluntad es en este caso libre. <sup>(41)</sup>

El tema de la responsabilidad nunca ha sido una tarea fácil de abordar, y mucho menos lo es, cuando el entramado de relaciones jurídicas que se generan alrededor de éstos, dificulta, en muchas ocasiones, la atribución de responsabilidad de cada sujeto interviniente. El contrato de franquicia no es la excepción al caso, por supuesto. Sumado a la falta de previsión legal de éste tipo de contrato, cabe agregar que dada la complejidad del mismo, la responsabilidad debe analizarse en distintos campos jurídicos.

En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar

---

<sup>41</sup> No se puede olvidar, que en principio los tratos preliminares son ese conjunto de primeros actos que nos permiten hacer una valoración frente a lo querido y lo pretendido en los acercamientos contractuales, por tanto las partes dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad están en total libertad para iniciar y abandonar a su criterio las negociaciones. Ahora el momento delicado y frágil por denominarlo de alguna manera, se manifiesta, al momento del retiro de las negociaciones, ya que una vez y esto cuando las negociaciones están avanzadas, aparece una fundada y legítima confianza entre una de las partes, la libertad de las partes, se encuentra totalmente diezmada, y por tanto, aparece aquí, el concepto de ruptura justificada o abrupta la cual necesariamente repercute en un daño dentro del patrimonio del confiado.

---

la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo.

La doctrina italiana amplió el tema, señalando que en este campo la responsabilidad comienza con las tratativas, y finalmente la perspectiva se expandió en la actualidad abarcando supuestos como:

\*Defectos en la negociación

\*Retractación de la oferta

\*Apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas

\*Incumplimiento de los deberes precontractuales del empresario en los contratos de consumo.<sup>(42)</sup>

\*Daños a la persona derivados de prestaciones precontractuales.

Ahora bien, en relación con el contrato de franquicia existe consenso en que el incumplimiento de los deberes de información previa, lealtad publicitaria, registro y supervisión administrativa, darían lugar a la responsabilidad precontractual del franquiciante, pero no existen normas específicas en el derecho vigente que prevean medidas protectorias para el supuesto.

Es de señalar que en el período precontractual se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse. No obstante, independientemente de estar caracterizada dicha fase por su no

---

<sup>42</sup> Cabe señalar el Artículo 2.16 de los Principios de Unidroit que textualmente dice: "Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra."

obligatoriedad, las partes deben proceder de acuerdo con el principio de la buena fe.

La violación de los deberes mencionados genera la obligación de reparar los perjuicios cometidos. Frente a ello, se ha generado el principio de la culpa *in contrahendo*, de forma tal que quien genere daños en virtud de las negociaciones preliminares, será obligado a repararlos.

En cualquier caso, dicha responsabilidad exige, en primer lugar, que se haya creado una confianza razonable en la conclusión del contrato; en segundo lugar, que la ruptura no esté justificado y, en ese sentido, se considera, con carácter general, que está justificada cuando se quiere proteger un interés jurídicamente más digno de tutela que la confianza o cuando por la situación objetiva del mercado o por cualesquiera otra circunstancia, existe una ocasión de hacer un negocio mejor o existe una mejor oferta, en cuyo caso la buena fe sólo impone un deber de comunicación a la otra parte para que pueda, en su caso, ajustar su propia oferta; y en tercer lugar, que se haya causado un daño al patrimonio de una de las partes y que existe una relación de causalidad entre dicho daño y la confianza suscitada.

La doctrina civil mayoritaria considera que, en estos casos, se debe indemnizar el interés contractual negativo o interés de confianza <sup>(43)</sup>, a fin de colocar al perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haber iniciado las negociaciones. Dicho interés incluirá, al menos teóricamente, las pérdidas efectivamente sufridas o los gastos de celebración del contrato; las inversiones específicas o de confianza necesarias para la preparación del proyecto contractual; y el coste de oportunidad de haberse celebrado el contrato o las ganancias dejadas de obtener por la pérdida de ocasiones

favorables de celebrar un contrato con terceros, extremo este que puede ser difícil de cuantificar en la práctica.

En general, las medidas deben consistir en que se imponga un deber de información y responsabilidad precontractual por incumplimiento del mismo. Por lo que la información además de veraz y no engañosa, debe estar fundada, esto es, debe corresponderse con la realidad en el momento en que se realiza la oferta contractual, no puede inducir a error al potencial franquiciado y ha de estar basada en datos o en apreciaciones razonablemente objetivables. Cuando, como consecuencia de la falta de veracidad, del carácter engañoso o del carácter infundado de la información el potencial franquiciado preste su consentimiento, entrará en juego, en su caso, la responsabilidad por culpa *in contrahendo* y la anulabilidad por error.

En el Derecho español, la responsabilidad precontractual se ha definido, tradicionalmente, como aquélla que se deriva del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del contrato y, en particular, de la vulneración de la *bona fides in contrahendo*. Su naturaleza jurídica es todavía una cuestión controvertida: para la mayor parte de la literatura jurídica española, la responsabilidad surgida en el período anterior a la celebración del contrato y, en particular, la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, tendría naturaleza extracontractualista; para otros, contractualista; y, para un sector minoritario, se configuraría como un *tertium genus*, una responsabilidad autónoma o *sui generis*.

Se limita el régimen de responsabilidad por tratos preliminares a dos únicos supuestos: por un lado, aquéllos en los que una de las partes ha actuado de mala fe y, por otro lado, aquéllos en los que las negociaciones se

---

<sup>43</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, tomo I, Introducción a la teoría del contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007. p. 325.

se han interrumpido por causa imputable a una de las partes. Ignora, pues, aquellos casos en los que la ruptura de las negociaciones se produce tras la realización de inversiones de confianza. En este sentido, es evidente que en operaciones complejas, la imposibilidad de acordar de manera rápida lo que será el contrato definitivo puede derivar en compromisos a realizar inversiones acompasadas en documentos preliminares – que implican costes de transacción, en ocasiones cuantiosos, para los que negocian-. Dichos compromisos incluirán, con relativa frecuencia, cláusulas de reparto de riesgos y costes – de carácter vinculante, por disposición expresa de las partes-, por las cuales cada una de las partes asumirá sus propios gastos en caso de que las negociaciones fracasen. Este efecto excluyente de la compensación por las inversiones frustradas no impedirá, sin embargo, la obtención de una compensación por el incumplimiento de la cláusula que obliga a negociar de buena fe o, en su defecto, por aplicación del principio general de buena fe en este ámbito.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales españolas, ha sido tradicionalmente restrictiva a la hora de conceder indemnizaciones por las inversiones de confianza realizadas durante las negociaciones cuando éstas, finalmente, fracasan. Los tribunales suelen considerar que, o bien las partes estaban vinculadas por un precontrato o, incluso, ya por un contrato definitivo, en cuyo caso resultaría aplicable el régimen de responsabilidad contractual, o bien no estaban vinculadas, en cuyo caso no cabría compensación alguna. Con todo, algunas sentencias han apuntado a vías intermedias, en las que cabría la indemnización de tales inversiones.

La experiencia es más rica y variable, en otros sistemas jurídicos. En los EUA, de acuerdo con la regla tradicional, las partes podían retirarse de las negociaciones en cualquier momento anterior a la celebración del

contrato, en cuyo caso perdían las inversiones de confianza realizadas. Posteriormente se admitió el derecho a su reembolso, aunque no se hubiera celebrado un acuerdo preliminar, cuando una de las partes hubiera creado, mediante engaño, una situación de confianza en la otra parte, se hubiera beneficiado de dicha confianza, o hubiera realizado una promesa durante las negociaciones. El otorgamiento de la indemnización se fundaba, entonces, en la doctrina de la falsa representación (*misrepresentation*), del enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*), del incumplimiento de una obligación de negociar de buena fe o del estoppel promisorio (*promissory estoppel*). En la actualidad, los tribunales estadounidenses suelen exigir que exista algún tipo de acuerdo. Sin embargo, el análisis teórico de esta cuestión ha llevado a una serie de propuestas tendentes a ampliar los supuestos en los que debiera proceder el reembolso de los gastos de la negociación: para algunos, se habrían de rembolsar en todo caso, hubiera o no acuerdo preliminar escrito; para otros, sólo cuando una de las partes hubiera incumplido la secuencia de inversión pactada en el acuerdo preliminar.

El análisis de los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a la fase precontractual permitiría extraer argumentos favorables a la compensación de las inversiones de confianza. Una regla de no responsabilidad, que impidiera obtener una compensación en todo caso, llevaría a la realización de inversiones subóptimas, pues la parte que hubiera realizado las inversiones habría de soportar todo su coste, pero no obtendría todo su beneficio. Una regla de responsabilidad objetiva, que permitiera recuperar en todo caso las inversiones realizadas, con independencia de que la parte que solicitara la compensación hubiera provocado la ruptura de las negociaciones o hubiera confiado en exceso en el cierre de la operación, incentivaría a la sobreinversión.

Parece, pues, necesario compensar la pérdida de las inversiones de confianza realizadas en caso de ruptura de las negociaciones. Los acuerdos preliminares podrían constituir, en este sentido, medios de prueba decisivos del engaño suficiente y de la existencia de una situación de confianza razonable en el cierre de la operación cuando el mensaje optimista que hubieran transmitido sobre la viabilidad y ventajas de la operación se hubiera revelado posteriormente poco realista.

Con independencia de las consecuencias que, en forma de sanción económica administrativa, pueda tener para el franquiciador el incumplimiento de las obligaciones informativas que le impone la normativa, cabe preguntarse si el incumplimiento de las obligaciones informativas precontractuales del franquiciador puede dar lugar a la apreciación error o dolo como vicios invalidantes del consentimiento. Entiendo que la respuesta a tal pregunta puede variar en atención a que el incumplimiento del franquiciador consista en no facilitar la información exigida por la normativa o en que la información facilitada no cumpla los requisitos de veracidad.

Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

La Jurisprudencia señala que, para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser inexcusable, esto es, no evitando emplear una diligencia media o regular.

Sin entrar a valorar la opinable cuestión de si el error causado por el incumplimiento del franquiciador de la obligación de facilitar al potencial franquiciado la información precontractual prescrita por la normativa tiene carácter de "esencial", lo cierto es que lo que parece difícil argumentar que



sea "inexcusable". No debemos ignorar el hecho de que el contrato de franquicia es un contrato otorgado entre empresas o empresarios independientes, lo que, en materia de diligencia, hace que al franquiciado le vaya a ser exigida, a la hora de evaluar si el pretendido error en su consentimiento era inexcusable, la de un "ordenado comerciante".

En el caso de que el franquiciador haya facilitado al franquiciado información precontractual incorrecta cabría argumentar una doble causa de vicio en el consentimiento. En primer lugar, como ocurriría en el supuesto de que la información precontractual no se hubiese facilitado, el error. En este supuesto parece más razonable pensar que el juzgador podría estimar como inexcusable el error sufrido. Lo contrario exigiría al franquiciado no sólo exigir al franquiciador la entrega de la información precontractual, sino su comprobación por parte del franquiciado, lo que parece exceder a la exigencia de diligencia mínima. En segundo lugar, se abriría la posibilidad argumental del dolo del franquiciador como vicio invalidante del consentimiento prestado por el franquiciado, al existir las palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

En mi opinión cabría apreciar en tal caso el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Jurisprudencia para la existencia del dolo invalidante del consentimiento contractual: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) la voluntad de la declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; c) que dicha conducta sea determinante de la declaración; d) que sea grave, si se trata de anular el contrato; y e) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

Con las exigencias y restrictivas limitaciones normativas y jurisprudenciales que hemos señalado, lo cierto es que la información precontractual errónea, puede abrir el camino de la nulidad del contrato por apreciación de dolo del franquiciador que invalide el consentimiento prestado por el franquiciado.

El artículo 863 del Código de Comercio Colombiano, explica que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que cause”.<sup>(44)</sup>

Dando así continuidad a la exaltación dada al principio de la Buena Fe, resaltando su valor esencial, el cual también debe tenerse implícito en el comportamiento Pre-contractual, sirviendo de elemento identificador y determinador para la existencia de la responsabilidad ocurrida en esta etapa.

Lo anterior por cuanto, como principio general que es, la buena fe no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción, en especial en contratos atípicos como la franquicia, respecto a la etapa precontractual y contractual.

De ésta, se discute para referirse a la responsabilidad en que incurren las partes por su conducta, actuaciones y omisiones en la etapa preliminar a la celebración de este tipo de contrato. “Para que surja el problema hay que suponer necesariamente dos personas que se relacionan con el objeto de celebrar un contrato. Se encuentran en la época de las negociaciones o período precontractual. Pero las negociaciones no tienen éxito y el acuerdo no se celebra. Puede suceder que este fracaso cause algún perjuicio al uno o al otro de los contratantes frustrados”.<sup>(45)</sup>

Si bien es cierto que a raíz de un eventual incumplimiento de las obligaciones a las cuales se ven comprometidas las partes del contrato de franquicia en la etapa precontractual las respectivas negociaciones deriven

en el mencionado fracaso, también es cierto que puede llegarse a suscribir el contrato sin que se haya observado el incumplimiento ocurrido, por lo que a la vida jurídica nace válidamente el contrato, aunque el mismo estaría viciado a partir del momento en que se alegue el incumplimiento.

La consecuencia inmediata del requerimiento dentro del contrato por el incumplimiento precontractual hallado, dependería del tipo de situación que se está tratando. Por ejemplo, en caso que dentro de la etapa de negociación el futuro franquiciado haya otorgado una información falsa sobre sus calidades personales puede configurar un error en la persona o incluso un eventual dolo, que derivarían en la nulidad del contrato suscrito después de ocurrida la situación, aunque si esta es reclamada antes de la firma del contrato, entonces no se hablaría de nulidad sino de un incumplimiento precontractual que generaría una indemnización de perjuicios.

La mencionada nulidad puede ser solicitada conforme a lo estipulado en la legislación colombiana en el artículo 900 del Código de Comercio, según el cual es anulable el negocio que “haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”. A su vez, el artículo 902 de este mismo estatuto, establece que la nulidad parcial de un negocio jurídico, como lo es la franquicia, acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que “las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Cabe recordar que las obligaciones más comunes en la etapa anterior a la celebración del negocio comercial tendiente a instalar una nueva red de

---

<sup>44</sup> CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Artículo 871: *Principio de la Buena Fe*: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre, o la equidad natural”.

<sup>45</sup> PÉREZ V., Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1957. 2ª edición, pp. 4.

franquicia, o permitir el ingreso de un empresario a la misma, pueden ser, entre otras: lícita publicidad, registro de la franquicia, debida información recibida y secreto sobre ella misma.

La legislación comercial colombiana se ocupa del análisis de la etapa anterior a la firma del contrato, en tanto reglamenta de forma separada las declaraciones de voluntad unilaterales que acontecen antes del perfeccionamiento del negocio, las cuales son independientes y autónomas, pero que, como tal, generan responsabilidad y obligaciones para quien las realiza, expresa, acepta o exterioriza.

De esta manera, todo acto unilateral dirigido al perfeccionamiento de un contrato, ya sea atípico o no, y que contiene los elementos esenciales, determinados o determinable, del negocio jurídico de Franquicia que se espera celebrar y resulta vinculante para el oferente en el evento de que el destinatario acepte.

A manera de ejemplo plenamente ilustrativo, se trae a colación el artículo 846 del Código de Comercio Colombiano, el cual obliga a indemnizar los perjuicios que cause el oferente que se retracte de la oferta ya informada por cuanto esta es irrevocable, siendo aplicable plenamente dicho principio para la negociación de franquicias. En tanto, la aceptación es el acto jurídico unilateral que proviene del destinatario de la oferta, si elige aceptarla, toda vez que no está obligado a hacerlo. El hecho de repudiar la oferta o dejar pasar vencer su término, en realidad ni causa obligaciones para el destinatario; pero, en éste como en cualquier otra actividad precontractual, los sujetos partícipes deben comportarse de acuerdo con el principio general de la buena fe (Código de Comercio Colombiano, artículo 863), so pena de comprometer su responsabilidad.

Sin embargo, debemos tener presente que, en derecho privado no existe discusión al determinar que los tratos preliminares dirigidos a la celebración del contrato de Franquicia, o cualquier otro, pueden generar responsabilidad para la parte que los incumpla, siempre y cuando, como se señaló anteriormente, vulnera el principio de la Buena Fe.

Basados en lo anterior, tanto el Franquiciante como el Franquiciado, a lo largo de las negociaciones pre-contractuales deben tener especial cuidado y deber de obrar conforme al principio de la buena fe exenta de culpa, manifestando de forma clara y real su capacidad de contratación evitando en todo momento el causar perjuicios a la otra parte.

Cabe anotar que, en el caso colombiano, además de la responsabilidad patrimonial en la que se incurra en virtud de la violación del deber de buena fe y los deberes derivados de este principio, puede darse lugar a las sanciones pertinentes, por la violación de las normas sobre publicidad consagradas en el estatuto de protección al consumidor y eventualmente a las sanciones por infringir las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y sobre competencia desleal.

Finalmente, cabe señalar que una tercera posibilidad que ha venido siendo sostenida por autores de diferentes latitudes es la de calificar la responsabilidad civil precontractual, como autónoma, por oposición a la contractual y extracontractual, la que todavía no tiene mayor receptividad en la doctrina, e incluso autores como Alterini, Ameal y López Cabana, rechazan implícitamente dicha posición afirmando que la responsabilidad precontractual no tiene características ontológicas propias.<sup>(46)</sup>

---

<sup>46</sup> ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; AMEAL, OSCAR JOSÉ; LÓPEZ CABANA, ROBERTO; *Derecho de obligaciones, civiles y comerciales*. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 3ª edición, reimpresión, Buenos Aires, 2006. Pp. 761.

Por otro lado, cabe afirmar que no existe unanimidad acerca del reconocimiento de la buena fe en la etapa precontractual, no obstante, deben ser consideradas las posiciones que la sumen como una obligación de las partes, cuya violación generaría también responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

Ahora, bien podría sostenerse que al constituir el deber de buena fe, al que estarían sometidas las partes desde los tratos previos hasta la finalización del contrato, su violación tendría naturaleza de incumplimiento de obligaciones contractuales, por lo que resultarían aplicables las normas que regulan las acciones derivadas del incumplimiento, tales como la indemnización de perjuicios.

Adicionalmente, en caso de “contractualización” de las negociaciones preliminares, es decir, en el evento en el cual las partes decidieren suscribir acuerdos donde además por escrito, o como suelen llamarse, celebrando “acuerdos de intención”, se comprometen a cualquiera de los denominados “deberes secundarios”, su incumplimiento no cabe duda, generaría sin discusiones una responsabilidad de tipo contractual.

#### 2.4 Daños Indemnizables

Generalmente se afirma que los daños indemnizables en la etapa precontractual compensan el interés negativo, por oposición al positivo, que se reconoce por el incumplimiento del contrato.

El interés negativo consiste en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nula. Por su parte, el interés positivo consiste en el interés en la celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño emergente y el lucro cesante.

Se ha entendido que dentro de los daños indemnizables solo cabe el interés negativo y por ende no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias dejadas de reportar con el contrato que se frustró, al afirmar que el interés protegido "... no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiere llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado".

Existe una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante. De acuerdo con algunos autores, es unánime la aceptación del daño emergente, que cubre los gastos ocasionados con ocasión de las tratativas frustradas. No obstante, se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra. Estos mismos sostienen que no se encuentran razones para su exclusión, dado que nada impide la indemnización de las ganancias que se habrían obtenido con la ejecución del contrato frustrado. De todas formas lo que se propone considerar es que cabría la indemnización del interés positivo, solo en los eventos de irrupción de ofertas que no obstante ser irrevocables, son incumplidas por el oferente. Adicionalmente, como la señala Díez Picazo<sup>(47)</sup>, los casos de responsabilidad precontractual derivada de la nulidad del contrato "...donde la parte que ha violado los deberes de buena fe se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo".

---

<sup>47</sup> DIEZ\_PICAZO, ob. Cit. pp. 392.

Sobre los daños indemnizables en sede precontractual, se reconoce que los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo – exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados-, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama “interés negativo o de confianza”, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría... por el primero de aquellos conceptos –daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues es una utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato *ab initio* válido y perfecto- sino la pérdida que significa el que, por haber confiado en el que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso – verbi gracia, la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto- que le habría reportado ventaja. <sup>(48)</sup>

Por otro lado, e independientemente de lo anterior, puede considerarse que hay casos en los cuales, por violarse deberes precontractuales – como el de información -, se genere una indemnización de

---

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.



tipo contractual, como es el caso del vendedor que conocía o debió conocer los vicios redhibitorios y no los declaró al momento de perfección del contrato.

En los Principios de UNIDROIT se reconoce expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual, al señalar el numeral 2º del artículo 2.1.15:

“Sin embargo, la parte que negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”.

Los Principios de UNIDROIT contienen normas relativas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (artículo 7.4.1 y siguientes ubicadas en el capítulo 7 sobre incumplimiento), las que podrían resultar aplicables en caso de concluir que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza contractual, evento que llevaría a que según lo señalado en el artículo 7.4.2., los rubros que comprenderían la indemnización serían tanto el interés negativo como el positivo, e incluso el daño moral. Establece dicha norma:

“Artículo 7.4.2.

(Reparación integral)

1.- La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta

cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

2.- Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”.

En materia de indemnización del interés negativo, por violación del deber de confidencialidad, tanto en los Principios UNIDROIT (art. 2.1.16) como en los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece que además de aquella indemnización, la misma podrá incluir “una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

Adicionalmente, en el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe, solo incluye el interés negativo: “Las pérdidas de los gastos en que se haya incurrido(...); el trabajo realizado(...) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (...). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502”.<sup>(49)</sup>

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 5 de julio de 1999, tras indicar que: “esta Sala tiene declarado que, para la viabilidad de la acción resolutoria, se precisa la prueba del requisito de que quién la ejercita no haya incumplido las obligaciones que le concernían”, precisa “salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento

---

<sup>49</sup> LANDO, Ole; BEALE; HUGH (edición), *Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar Barres-Benlloch; José Miguel Embid- Irujo; Fernando Martínex-Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 268. El artículo 9:502 referido trata sobre el daño emergente y el lucro cesante derivado de la inexecución de las obligaciones del contrato.

anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho a la resolución y lo libera de su compromiso (STS del 16 de abril de 1991) <sup>(50)</sup>”.

Existe una sólida línea jurisprudencial que predica que el mero incumplimiento de un contrato no genera, por sí solo, una obligación indemnizatoria, pues el surgimiento de ésta se halla inexcusablemente condicionada por la prueba de la existencia y realidad del daño o perjuicio derivado de tal incumplimiento (SSTS. Del 8 de julio de 1952, 16 de mayo de 1979, 9 de mayo y 27 de junio de 1984, 30 de septiembre de 1989, 24 de julio y 29 de noviembre de 1990 y 29 de noviembre de 1991, entre otras). Esta doctrina es matizada por la STS. Del 31 de diciembre de 1998, que indica: “Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en sentencia del 5 de junio de 1985, 9 de mayo y 27 de junio de 1984, y 22 de octubre de 1993 que, por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es “per se” de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las controversias de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que, por otra parte, sean equiparables los supuestos en que hay ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios y aquellos otros en los que la falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía”, línea que, en gran medida, es seguida por la sentencia del 25 de febrero de 2000, que tras contemplar la doble posibilidad de fijar en el propio contrato las consecuencias del incumplimiento, pudiéndose, en otro caso, remitirse a las reglas generales, al decir que: “El artículo 1124 del Código Civil autoriza en

---

<sup>50</sup> En el caso de “*Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis*”.

este caso –resolución unilateral de un contrato- al perjudicado a solicitar indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses. Los daños causados pueden haberse previsto en el contrato, en cuyo caso ha de estarse a lo pactado, pero cuando esto no sucede, como es el supuesto que nos ocupa, la compensación indemnizatoria por daños y perjuicios no por eso deja de producir sus efectos”, se refiere a la propia existencia de los daños y perjuicios, precisando que: “Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en caos en los que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos, no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa el incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable, habiendo declarado la sentencia del 22 de octubre de 1993, que no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes y las mismas no pueden quedar impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar “in re ipsa” el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada deliberadamente por quien obtuvo el lucro”.

Cuando la indemnización se pretende por el franquiciador, en virtud de la resolución contractual injustificada por parte de la demandada, puede ser la condena adversa al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios consistente en el daño emergente y en lucro cesante por el tiempo que quedaba por cumplir del contrato.

### **CAPITULO III.- La Regulación Legal que en Materia de Tratos Preliminares Existe para los Contratos de Franquicia en la Legislación Venezolana y Española**

Para determinar los principios, extensión y contenido de la regulación del contrato de franquicia hay que partir de los problemas que en la práctica plantea, derivado de su peculiar naturaleza y causa, esto es de las funciones económicas que a través del mismo se pretenden satisfacer.

El contrato de franquicia, como vimos, es un contrato por medio del cual el franquiciador autoriza al franquiciado a usar un modelo de empresa, el propio o el desarrollado en la franquicia piloto ajena, que debe generar beneficios tanto para el franquiciado como consecuencia de la explotación de la empresa de la que es titular siguiendo el modelo cuyo uso se le ha autorizado, como para el franquiciador, a través de los cánones de entrada, y periódicos, o de otros beneficios distintos de estos, generados por la actividad desarrollada por el franquiciado a través de la empresa franquiciada.

Para el cumplimiento de esta función, es necesario que el franquiciado pueda reproducir fielmente el modelo de empresa franquiciada y ponerlo en funcionamiento de acuerdo con las pautas que rigen el funcionamiento de la empresa del franquiciador. Para ello es necesario que el franquiciado pueda usar los signos distintivos del franquiciado, pueda decorar su establecimiento como el establecimiento del franquiciador, pueda vestir a sus empleados con el mismo uniforme que los del franquiciador, etc. De modo que es necesario, que en el caso de que estos signos o diseños estén protegidos a través de derechos de exclusividad de los que es titular el franquiciador, el franquiciado obtenga una autorización para su uso.

Pero tales autorizaciones y suministros no son suficientes para que el franquiciado pueda reproducir el establecimiento o empresa del franquiciador. Para ello es necesario que comprenda cómo éste está organizado, cuáles son las reglas que el franquiciador utiliza para organizarlo, desde la perspectiva de la administración, de la comercialización, y aun de las relaciones laborales con el personal empleado.

Esto acarrea que la estipulación del contrato se produzca sin que el franquiciado llegue a conocer íntegramente el objeto del mismo antes de prestar su consentimiento, todo esto como consecuencia del comprensible celo de los franquiciadores de salvaguardar sus secretos de divulgaciones que les perjudicarían a ellos mismos y a todos los miembros de su cadena.

El franquiciador no puede, en la fase precontractual mostrar todo el funcionamiento de la empresa a quien todavía no forma parte de la cadena. Esta comprensible prevención genera a su vez una cierta indefensión en el franquiciado que puede ser aprovechada por especuladores en franquicia sin escrúpulos para lucrarse, sin transmitir al franquiciado más que la autorización para usar unos signos distintivos, que en muchas ocasiones distan mucho de ser notorios, la obligación de adquirir determinados productos equivalentes, y una risible descripción de la empresa en funcionamiento, que en muchas ocasiones no se corresponde con la realidad de la empresa cuyo modelo se supone que se franquicia.

Éste es el primer núcleo de conflictos generado por el contrato de franquicia, cuya solución requiere en muchas ocasiones la intervención legislativa. En la fase precontractual y pese a cualquier tipo de precontrato, el franquiciador no se encuentra en disposición de mostrar todo su modelo de empresa al franquiciado. Éste por tanto no puede distinguir la seriedad de la franquicia por datos internos –análisis detallado de la oferta- sino

esencialmente por datos externos, que van desde la notoriedad de la marca del franquiciador, hasta las visitas a otros franquiciados anteriores del franquiciador, o a los informes bancarios.

Razón por la cual, cualquier regulación legal que aborde la fase precontractual, deberá favorecer que los franquiciadores serios sean capaces de estipular el máximo de contratos de franquicia deseables y los especuladores sin escrúpulos el mínimo posible.

### 3.1.- Normativa aplicable a la Franquicia en España

La actividad comercial en el régimen de franquicia, es desarrollado por medio de los denominados acuerdos o contratos de franquicia, a través de los cuales se mejora normalmente la distribución de productos y la prestación de servicios, pues da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas.

A la vez, permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador, abriéndoles así la posibilidad de competir de forma más eficaz con otras empresas.

Asimismo, los acuerdos de franquicia también pueden beneficiar a los consumidores y usuarios, puesto que combinan las ventajas de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes interesados en el funcionamiento eficaz de su negocio.

### Código Deontológico Europeo de la Franquicia

El Código Deontológico Europeo es un manual de buenas costumbres y buena conducta para los usuarios de la franquicia en Europa. Fue elaborado por la Federación Europea de la Franquicia, como resultado de la experiencia y el trabajo de sus miembros, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1991.

No es en sí una norma jurídica sino un instrumento que determina la forma en que se establecen las relaciones entre las partes del sistema de franquicia para un buen funcionamiento del mismo, incluyendo, entre otros aspectos, las obligaciones del franquiciador y franquiciado, el procedimiento adecuado en la captación y selección del franquiciado, así como los aspectos principales que debe recoger el contrato de franquicia.

En este sentido, el Código Deontológico introduce la definición de franquicia en los siguientes términos:

“... sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continuada entre empresas legal y financieramente distintas e independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados individuales, por el cual el Franquiciador concede a sus Franquiciados individuales, por el cual el Franquiciador concede a sus Franquiciados individuales el derecho e impone la obligación de llevar un negocio de conformidad con el concepto del Franquiciador”.

Consecuentemente, según lo señalado anteriormente, este derecho faculta y obliga al franquiciado individual, a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta, a utilizar el nombre comercial y/o marca del producto, el know-how, los métodos técnicos y de negocio, los procedimientos y otros derechos de propiedad industrial y/o intelectual del franquiciador, apoyado en la prestación continua de asistencia comercial y



técnica, dentro del marco y por la duración de un contrato de franquicia escrito, pactado entre las partes a tal efecto.

La conceptualización de la franquicia se fundamenta en tres principios básicos:

En primer lugar, la red de franquicia ha de ser un negocio de éxito probado, lo que implica que el franquiciador debe haber explotado con éxito un concepto durante un tiempo razonable y, al menos, en una unidad piloto, antes del lanzamiento de la cadena.

En segundo lugar, la franquicia debe poseer y ser capaz de transmitir fácilmente el know-how propio. Este know-how debe ser secreto, esto es, no puede ser conocido ni fácilmente accesible fuera de las relaciones con el franquiciador; sustancial, lo que supone que debe incluir toda la información relevante para desarrollar la actividad adecuadamente, e identificable, que implica que el know-how ha de describirse, en el propio contrato de franquicia o en documento separado, para garantizar que se cumplen las características anteriores.

Por último, debe existir un compromiso para dar formación y asistencia a la red de franquiciados. En efecto, el franquiciador debe proporcionar a los franquiciados la formación inicial necesaria, así como una asistencia técnica y/o comercial continuada durante toda la validez del contrato.

El Código, establece que en el supuesto de que un franquiciador imponga un precontrato a un candidato a franquiciado individual, se deberían de respetar los siguientes principios:

- Antes de la firma de cualquier precontrato se le debería entregar información escrita sobre su finalidad y sobre cualquier pago al franquiciador que se le pueda requerir para cubrir los gastos reales de éste durante y en relación con la fase de precontrato, ya que en

el caso de que se firme el contrato de franquicia, el mencionado pago debería ser reembolsado por el franquiciador o considerado a cuenta del eventual derecho de entrada a pagar por el franquiciado individual.

- El precontrato deberá definir su duración e incluir una cláusula de finalización.
- El franquiciador puede imponer cláusulas de no competencia y/o confidencialidad para proteger su know-how y su identidad.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, Condiciones Generales de la Contratación:

La regulación de mecanismos de tutela respecto a los contratos cuyo contenido está compuesto por condiciones generales tan sólo se halla regulada, en la Ley 26/1984, del 19 de Julio, sobre General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en la reciente Ley 7/1998, del 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La primera de estas leyes se aplica únicamente cuando el contrato ha sido celebrado entre empresario y consumidor o usuario. Por lo que las reglas de sus artículos no son aplicables en ningún caso a los contratos de franquicia concluidos entre dos empresarios, o entre un empresario franquiciador y quien tras la firma del contrato y el inicio de su actividad mercantil se convertirá en el franquiciado, quien de modo alguno puede ser considerado un consumidor o usuario.

La protección ofrecida al franquiciado por la regulación general de las condiciones de los contratos, es muy reducida, se tutela la posición de franquiciado solo en los casos en que el contrato de franquicia pueda ser

considerado como un contrato de adhesión, aunque de modo muy insuficiente e imperfecto.

Dichas condiciones generales que formen parte del contrato de franquicia sólo pasarán a ser parte integrante del mismo, cuando se acepte por el potencia franquiciado su incorporación al mismo y el contrato sea redactado por escrito y firmado por ambas partes. Regla esta que no es de gran utilidad en materia de franquicia puesto que las cosas suceden normalmente así.

Tampoco ayuda la regla en virtud de la cual el franquiciador, debe informar expresamente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y facilitarle un ejemplar de las mismas, una vez que se encuentran incorporadas al contrato de franquicia. Ello implica que en el caso de que se haya omitido la información previa sobre alguna de estas condiciones generales e independientemente de que esto impida o no al franquiciado decidir con conocimiento de causa su incorporación a la red franquiciada, la cláusula no quedará incorporada al contrato si éste no ha tenido oportunidad real de conocerla.

Ahora bien, los Contratos de Franquicia presentan numerosos problemas en la práctica. No hay normas que estipulen que un franquiciador puede asegurar a los franquiciados el éxito financiero al firmar el contrato. La realidad es que, los conflictos surgen en cualquier momento, en las diferentes fases del contrato de franquicia: tienen lugar antes de la celebración del contrato, durante la vigencia del mismo y con ocasión de su extinción. Es por ello que, antes de la celebración del contrato, las negociaciones previas a su celebración tienen una importancia especial en cuanto a obtener toda aquella información relevante para ambas partes del contrato: franquiciador y franquiciado, con el fin de conocer todas las cuestiones que puedan afectar su relación negocial.

A diferencia de lo que sucede en otras figuras contractuales, la regulación de los tratos preliminares en el contrato de franquicia ha merecido la atención del legislador español que dedica la mayoría de las escasas normas existentes a la fase precontractual. En efecto, el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 2485/1998, del 13 de noviembre, que lo desarrolla, ha introducido dos deberes básicos, de carácter precontractual, que afectan a quien pretende franquiciar o, dicho de otro modo, a quien intenta la captación de terceros dispuestos a integrarse en su red comercial. Así pues, el franquiciador aspira a conocer todos los datos relevantes del candidato con el fin de averiguar si le interesa o no como franquiciado; mientras que el emprendedor querrá averiguar el mayor número de referencias posibles sobre la actividad franquiciada y la red de franquicias en la que se integrará, para poder decidir si le interesa el negocio.

### 3.1.1.- Normativa Interna

Es conveniente explicar que el derecho positivo español en materia de franquicia no contempla un solo cuerpo normativo, aún cuando posee una regulación más específica entorno a la actividad comercial en régimen de franquicia:

#### 3.1.1.1 Código Civil Español

Artículo 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Este artículo permite a las partes establecer todo tipo de acuerdos mientras no resulten contrarios a la moral, al orden público o a la Ley. Asimismo, infiere que el contrato de franquicia es un contrato sui generis y autónomo, señalando que las partes son libres al momento de contratar.

Artículo 1258: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Artículo 1278: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Artículo 1281: “Si los términos de un contrato son claros, y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras, parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”.

#### Ley de Ordenación del Comercio Minorista 15/1996:

El artículo 62<sup>(51)</sup> de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, recoge la base legal de la figura jurídica de la franquicia, sin que se incluya ningún tipo de limitación a priori respecto de las actividades que pueden

---

<sup>51</sup> **Artículo 62.** Regulación del régimen de franquicia:

1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

2. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en territorio español la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán comunicar el inicio de su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio al Registro de Franquiciadores, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores, lo comunicarán directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde su inicio.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas franquiciadoras registradas.

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

3. Asimismo, con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias.

ejercerse en tal régimen, puesto que se puede tratar tanto de un sistema de comercialización de productos como de un sistema de prestación de servicios.

Los requisitos básicos y mínimos fijados en dicho precepto son tan sólo dos:

- Inscribirse, con carácter previo al inicio de la actividad en régimen de franquicia, en el registro de franquiciadores, que depende orgánicamente del Ministerio de Industria y Comercio (Dirección General de Política Comercial – Subdirección General de Comercio Interior) a través de una solicitud de inscripción que ha de presentarse ante la Comunidad Autónoma del domicilio social de la empresa. Para la inscripción es necesaria la siguiente documentación:

1. Datos del Franquiciador: nombre o razón social, domicilio, datos de inscripción en el Registro Mercantil y C.I.F. Ha de tenerse presente que la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (artículos 9 y 10), fija como obligatorio que los prestadores de servicios a través de Internet establecidos en España deberán comunicar al Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos, los nombres de dominio o direcciones de Internet que utilicen para su identificación. Esta obligación ha de cumplirse en el plazo de un mes desde la obtención, sustitución o cancelación del correspondiente nombre de dominio o dirección de Internet. Además, los citados datos identificadores del franquiciador han de constar de forma clara y de fácil consulta en la página de Internet (incluidos los datos de inscripción en el Registro Mercantil).

2. Denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto del acuerdo de franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o derechos de licencia de uso sobre los mismos, así como su duración. Este requisito para la inscripción en el registro de franquiciadores, implica la necesidad de ser titular de la marca que va a identificar comercialmente al franquiciador y al franquiciado, puesto que el registro de la misma es el único título jurídico que confiere a su titular el derecho de uso exclusivo y por tanto el derecho para ceder su uso a un tercero. De acuerdo con la Ley 17/2001, de marcas, se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.
3. Descripción del objeto del negocio de franquicia: número de establecimientos existentes en el momento de la alta en el registro, ubicación, etc.
  - Dar información al futuro franquiciado, suficiente y detallada sobre el futuro negocio, con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato.

Las obligaciones recogidas en este precepto son de aplicación no sólo a los casos en que se transmita un sistema de comercialización de productos o servicios existente, sino también a los casos en que las ofertas precontractuales y aun en el contrato se afirme que se transmite un sistema propio de comercialización de productos o servicios, aunque sin hacerlo realmente.

Las primeras aproximaciones del legislador español en sede de franquicia se centraron, precisamente, en la tutela del franquiciado en la fase

precontractual. Todos aquellos que pretendieran licenciar su modelo empresarial quedaban sujetos al cumplimiento de dos obligaciones legales impuestas por el artículo 62 LOCM: la de inscripción en el Registro de Franquiciadores <sup>(35)</sup> y la de información contractual al potencial franquiciado., desarrollado por el artículo 3 RD 2485/1998. <sup>(52)</sup>

El artículo 3 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, describe qué información debe aportar el franquiciador al franquiciado, y establece que: Con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro

---

<sup>52</sup> “(...) Con una antelación mínima de veinte días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias”.

<sup>(36)</sup> “Con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

a. Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el registro Mercantil, cuando proceda.

Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

b. Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; y de los eventuales recursos contra aquéllos, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

c. Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

d. Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

e. Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del *saber hacer* y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

f. Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

g. Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia”.



franquiciado al franquiciante de cualquier pago, el franquiciador deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

- a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda. Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

La primera cuestión sobre la que el franquiciador debe informar al franquiciado es sobre su propia identidad, de forma que a éste le sea posible recabar datos sobre aquél.

Por ello la letra a) del artículo 3 del Real Decreto 2485/1998 impone al franquiciador nacional, al franquiciador extranjero y al franquiciado principal un deber de información respecto a su identidad.

Se exige que se comunique el nombre, razón social, con omisión indebida de la mención a la denominación social de las sociedades capitalistas, ya que la razón social sólo identifica las personalistas, y datos de inscripción en el Registro de franquiciadores, aunque realizando una interpretación integradora del precepto habrá de considerar que en el caso de que se trate de una sociedad capitalista deberá indicar su denominación social.

Se obliga a que se informe del capital social recogido en el último balance en vez del inscrito en el Registro Mercantil, aunque esto no añade ningún tipo de garantía o ventaja respecto a los franquiciadores españoles ya que aquél debe ser coincidente con éste so pena de ilegalidad del balance, por lo que la cifra será la misma. Sí puede en cambio ser útil respecto algunos franquiciadores extranjeros, especialmente anglosajones, cuyos sistemas legales distinguen entre capital nominal, que es el que figura en la escritura y en su caso aparece inscrito y que configura la cifra máxima de capital que podrá emitirse por la sociedad, sin modificación de los estatutos sociales, y el capital emitido, que es el efectivamente emitido, en una cuantía que puede ser inferior al escriturado y que figura en el balance.

En la comunicación debe expresarse si el capital se halla totalmente desembolsado o en qué proporción. Información que será relevante cuando el franquiciador sea una sociedad anónima aunque carecerá de valor cuando se trate de una sociedad de responsabilidad limitadas, ya que en tal caso, el capital está siempre íntegramente desembolsado desde el momento de la constitución.

Por otra parte la comunicación de los datos de la inscripción registral del franquiciador al franquiciado permite a éste obtener toda la información que el Registro Mercantil proporciona, y entre ella, la de la identidad de los socios fundadores, identificación de los administradores, y principales vicisitudes de la vida societaria del franquiciador. Así mismo los datos registrales le permitirán, acudiendo al registro, tener una imagen más clara de la sociedad franquiciadora, a través del estudio de sus cuentas anuales e incluso de las consolidadas del grupo del franquiciador, en el caso en que éste debe depositarlas y haya cumplido con su obligación.

Junto a ello se impone al franquiciador extranjero el deber de informar respecto a los datos de inscripción en el registro de franquiciadores a que

vengan obligados, de acuerdo con las leyes de su país o de su Estado de origen. Esta norma plantea algunos problemas de interpretación. En primer lugar hay que tener en cuenta que está limitada a los datos de identificación del franquiciador, con lo que no afectará a los datos sobre los signos distintivos usados por la red, a la descripción del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, a la experiencia de la empresa franquiciadora, al contenido o características de la franquicia, a la estructura y extensión de la red, ni a los elementos esenciales del contrato.

- b) Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; y de los eventuales recursos contra aquéllos, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.

Según la letra b) del artículo en mención, el franquiciador o el franquiciado principal deberán acreditar tener concedido para España y en vigor el título de propiedad o licencia de uso de la marca y de los signos distintivos de la entidad franquiciadora.

Aunque esta obligación no guarda relación con los problemas planteados al potencial franquiciado en el período precontractual, ya que éste podría comprobar tales extremos a través de una consulta en el Registro de la propiedad industrial, para lo cual bastaría con la sola identificación de los signos como exigen las normas de “disclosure” norteamericanas, lo cierto es que la obligación de acreditación facilita al potencial franquiciado el conocimiento de estos extremos, independientemente de la incorrección terminológica del precepto que se refiere a que se acredite el “título de propiedad de la marca” cuando debería ser que se acreditara la “condición de titular registral de la marca”, ya que el titular de la marca no es propietario en sentido estricto de la misma, sino titular de un derecho de exclusividad sobre un signo que le permite distinguir sus productos o servicios de los otros

competidores o aun de otros productos producidos por él mismo a los que por razones diversas identifica con otra marca, o, si no ha registrado la marca, usuario de una marca no registrada protegido por las reglas de la Ley de Competencia Desleal.

Con ello parece excluirse la posibilidad de que el usuario de una marca notoriamente conocida y no registrada pueda realizar lícitamente una oferta contractual como franquiciador a un potencial franquiciado.

En el caso de que el franquiciador o el franquiciado principal sea licenciatarario de la marca o esté autorizado a usar los signos distintivos que identifican la franquicia, deberá expresarse la duración de la licencia de modo que permita al potencial franquiciado conocer si cubre todo el período de vida del contrato que se propone celebrar.

- c) Descripción general del sector de actividad objeto de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.

La exigencia de que la información que el franquiciador debe prestar al franquiciado incorpore una descripción del sector de actividad del negocio objeto de la franquicia, pone de manifiesto el hecho de que en muchos casos, quizá en la mayoría, el inversor interesado en la franquicia es ajeno a dicho sector, e incluso en muchas ocasiones no es ni siquiera comerciante con carácter previo a la celebración del contrato.

Por ello el legislador obliga al franquiciador a informarle de las condiciones del mercado en que se mueve su cadena de franquicia. El estudio de mercado, debe contener, todos los datos relevantes accesibles para el franquiciador, tanto a nivel nacional como regional y local, si existen, así como los estudios previos relativos a la zona en que debe ser implantada la franquicia si éstos ya han sido realizados.

El estudio debe estar realizado de modo que proporciones al franquiciado una información veraz. Ello implica que no deberá omitir datos relevantes del sector, ni falsear las expectativas de crecimiento del mismo que el franquiciador debe necesariamente conocer como empresario con experiencia en el mismo. La omisión de éstos o su falseamiento serán comportamientos graves que impedirán al potencial franquiciado tomar su decisión con conocimiento de causa.

- d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

Junto a la identificación formal del franquiciador o franquiciado principal también se exige la comunicación de algunos datos relativos a la identificación sustancial, en particular de datos relativos a la empresa franquiciadora. La letra d) del artículo 3 del Real Decreto 2485/1998 contiene un listado mínimo de carácter ejemplificativo en el que se exige que el franquiciador o franquiciado principal informe al potencial franquiciado respecto a la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.

Ello permitirá al franquiciado saber si se encuentra ante una franquicia de larga experiencia, o por el contrario recién se incorpora al mercado, y hacerse una primera idea respecto al momento de la vida de la red franquiciada en el que se va a incorporar a la misma.

En primer lugar, deberá hacer mención sobre el número de establecimientos piloto de los que él mismo, o entidades pertenecientes a su grupo son titulares, la fecha desde la cual cada uno de estos establecimientos ha sido explotado.

Si se trata de una franquicia nueva de un franquiciador que fue o es titular de otra cadena de franquicia, los datos de identificación formal y sustancial de ésta.

Debería también indicarse la mención de si el franquiciador, algunas de las entidades pertenecientes a su grupo, o los administradores o personal directivo de éste o aquéllas han sido declarados quebrados o suspensos durante los últimos cinco años. Junto a ello es especialmente relevante la presentación de los elementos básicos del balance auditado del franquiciador, cuando éste esté obligado a someter sus cuentas a auditoría, de los últimos tres años, para que pueda apreciarse la evolución.

- e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del “saber hacer” y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados.

Ello implica no sólo una descripción formal, que puede ser realizada mediante medios audiovisuales de la estética del establecimiento y de las condiciones necesarias para el ejercicio de la actividad, por ejemplo, ubicación y dimensiones del local, sino también una descripción de carácter estructural sobre el funcionamiento de la franquicia y en especial sobre los pagos que debe soportar el franquiciado.

Según el Reglamento la comunicación deberá contener una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del “saber hacer” y de la asistencia comercial y técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo.

En el documento debería figurar la cifra completa y desglosada de las inversiones o pagos que el franquiciado debe realizar para poner en marcha el negocio, que comprende no sólo los pagos en concepto de derecho de entrada sino el total de las inversiones, incluidos honorarios profesionales, aranceles y pagos de impuestos que el franquiciado debe soportar para poner en funcionamiento su establecimiento.

- f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

El Reglamento establece que el franquiciador o el franquiciado principal deberán indicar al potencial franquiciado el número de establecimientos implantados en España distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo régimen de “cesión de franquicia”, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en

España en los últimos dos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.

La limitación de la información al territorio español, que hay que suponer está fundamentada en las condiciones distintas de mercado que existen en otros países que no permiten trasladar automáticamente los datos de éstos a nuestro mercado, puede desproteger al franquiciado español frente a franquiciadores extranjeros no implantados en el país. En este caso el franquiciador no vendría obligado a informar del número de franquiciados que han dejado la red en los últimos tiempos, extremo que puede ser relevante tanto respecto al territorio español como respecto al extranjero.

- g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

En particular el precepto exige en una enumeración que hay que entender de contenido mínimo, que deberá informarse al franquiciado respecto al contenido del contrato, esto es:

#### 3.1.1.2 Derechos y obligaciones de ambas partes

La comunicación debe incluir información sobre los principales derechos y obligaciones que corresponden al franquiciado y al franquiciador y en especial al derecho del franquiciador de inspección y control de la empresa del franquiciado.

El contrato de franquicia contiene, como cualquier otro, un conjunto de pactos, cláusulas y estipulaciones, o si se quiere de forma más técnica de



reglas jurídico-contractuales que establecen las obligaciones, deberes, poderes, derechos y facultades que corresponden a cada una de las partes.

En el contrato de franquicia el intento práctico de las partes es recrear el modelo de empresa objeto de la franquicia por parte del franquiciado, la función económica objetiva del contrato estriba en la autorización temporal del uso del modelo de empresa ajena. Tendrán, por tanto, carácter esencial todas las reglas contractuales necesarias para poder llevar a la realidad el modelo de empresa que se pretende recrear y sobre todas ellas deberá versar la información precontractual.

#### 3.1.1.3 Duración del Contrato

La información precontractual deberá indicar la duración del contrato. Los contratos de franquicia se pactan por tiempo determinado siendo muy común la cláusula de tácita reconducción por períodos de tiempo también determinados contractualmente. En estos casos es común que el contrato establezca los plazos y formalidades a los que queda sometida la comunicación con la que se denuncia la prórroga.

#### 3.1.1.4 Condiciones de resolución

Entre las condiciones de resolución cobran una especial relevancia las causas de extinción unilateral o automática del contrato, en las cuales la voluntad del franquiciado no va ser tomada en cuenta. Es bueno que el franquiciado, procedente muchas veces del mundo laboral en el que él como trabajador ha sido el que ha tenido más libremente la posibilidad de poner fin a un contrato de trabajo, tome conciencia de que no va a poder resolver libremente el contrato de franquicia sin justa causa, de las consecuencias que conllevarían si decide incumplir el contrato, y de la posibilidad de que el franquiciador resuelva unilateralmente el mismo sin que él pueda impedirlo.

La información sobre las condiciones de resolución debería incluir igualmente los casos y condiciones en que se efectuará la recompra de stocks al final del contrato o la recompra de la franquicia durante la vigencia del mismo, así como el modo en que se calculará el precio de la franquicia o de los stocks, según el caso.

Así mismo deberían especificarse los derechos de los herederos o representantes del franquiciado individual cuando éste fallezca o sea declarado incapaz.

#### 3.1.1.5 Condiciones de renovación

El Reglamento establece también que deberá informarse respecto a las condiciones de renovación del contrato caso de que estén previstas en el contrato, con ello pretende eliminar la obligación de informar al respecto en el caso de que las condiciones no estén previstas en el mismo.

La mención reglamentaria debe ser entendida, por tanto, en el sentido de que en el caso de que exista una descripción en el contrato de las condiciones que deberán cumplirse por el franquiciado al fin del contrato para que éste se renueve, éstas deberán ser puestas en conocimiento del mismo en el momento precontractual, y caso de que el contrato no las incluya deberá ponerse de manifiesto claramente y por escrito que el contrato se renovará por el libre acuerdo de voluntades de quienes lo estipularon.

#### 3.1.1.6 Contraprestaciones económicas

Entre las contraprestaciones económicas deberán indicarse, todos los pagos que el franquiciador o terceros autorizados por él, sean miembros de su grupo o no, perciban del franquiciado no sólo como contraprestación por la concesión de la franquicia en sentido estricto, sino también en concepto de aportación al fondo común publicitario o como contraprestación de la formación de él mismo y de sus empleados, o como consecuencia de la

adquisición a precios más elevados que los de mercado de productos que serán revendidos o transformados para la prestación del servicio por parte del franquiciado.

#### 3.1.1.7 Pactos de exclusivas

Para que el potencial franquiciado tenga información suficiente como para permitirle decidir su ingreso en la red con conocimiento de causas parece necesario que el franquiciador le informe respecto al territorio reconocido en el contrato como propio del franquiciado y sobre las características de la protección territorial contractual que se le va a dispensar.

En particular, parece necesario que se le informe respecto a si en dicho territorio existe ya otro franquiciado, o si el franquiciador se reserva el derecho de establecerlo en el futuro. Si el franquiciador se reserva el derecho a instalar un establecimiento integrado en la red de su propiedad en dicho territorio. Así como si se distribuirán en dicho territorio los productos puestos en el mercado por el franquiciador a través de otros canales de distribución.

En cuanto al territorio, debería informarse al franquiciado el que le corresponde con carácter mínimo, en el caso de que el franquiciador se reserve el derecho de establecer nuevos establecimientos propios integrados en la red, o de conceder nuevas franquicias en el territorio contractualmente definido como propio del franquiciado, o el radio mínimo de distancia dentro del cual no podrá ejercer su derecho de establecer un nuevo franquiciado o un nuevo establecimiento propio. Puede también indicar el mínimo de población que deberá quedar englobada en el territorio mínimo del franquiciado.

También debe indicarse si dentro de dicho territorio la franquicia se desarrollará desde un local previsto en el contrato, si el local sede la

franquicia deberá ser aprobado por el franquiciador, y las condiciones bajo las cuales el franquiciador aprobará la reubicación del establecimiento franquiciado en otro punto del territorio contractual, o el establecimiento en el mismo de una sucursal del franquiciado.

Del mismo modo deberían indicarse las posibles restricciones que soporte el franquiciador en cuanto a la implantación de establecimientos o concesión de franquicias de un negocio competitivo, bajo otra marca e imagen comercial, en el territorio contractualmente definido. Así como respecto a la distribución de productos o prestación de servicios similares a través de otros sistemas de distribución y bajo otra marca en el territorio contractualmente definido.

Las posibles restricciones que pesen sobre los franquiciados respecto a buscar clientes fuera del territorio contractualmente definido, o respecto a la posibilidad de aceptar encargos realizados por clientes que tengan su domicilio fuera del territorio contractualmente definido.

Por último, deberá indicarse si el mantenimiento de la exclusividad territorial depende de la realización, por parte del franquiciado de un determinado volumen de ventas u otras circunstancias, así como las circunstancias en las que el territorio del franquiciado podrá ser alterado.

El segundo grupo de pactos de exclusivas que suelen contener los contratos de franquicia se refieren a las fuentes de aprovisionamiento. Para que el potencia franquiciado pueda formarse una idea precisa, esto es la indicación respecto a cuáles son las categorías de bienes para las cuales el franquiciador o los otros franquiciados son los únicos proveedores especializados, así como los posibles contratos existentes entre el franquiciador y los proveedores autorizados, indicando el beneficio que tales acuerdos reportan al franquiciado, los criterios a través de los cuales se

determinan las cantidades que el proveedor autorizado entrega al franquiciador por las compras o contrataciones realizadas por los franquiciados.

El tercer tipo de pactos de exclusiva de los que debe informarse, están estrechamente vinculados con el anterior, son los relativos a la exclusiva de venta, esto es, a la prohibición al franquiciado de vender otros productos distintos de los del franquiciador o de aquellos autorizados por éste, o la prohibición de vender a determinados clientes.

Para que el potencial franquiciado tenga información suficiente como decidir su ingreso en la red franquiciada, el franquiciador deberá indicarle las obligaciones contractuales que asumirá a este respecto y en particular los términos de la obligación de vender tan sólo los bienes o prestar los servicios aprobados por el franquiciador.

Además cuando se trate de productos del franquiciador, el Reglamento autoriza aquellas cláusulas por las que se establece la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia.

#### 3.1.1.8 Limitaciones a la libre disponibilidad del negocio objeto de franquicia

Los contratos de franquicia suelen contener limitaciones a la libre transmisibilidad de los derechos derivados de los mismos, que impiden al franquiciado en muchas ocasiones ceder inter vivos la franquicia o los derechos derivados de ella a terceros sin el consentimiento del franquiciador o autorizar la subentrada de un tercero en el contrato de cualquier otra forma sin el correspondiente consentimiento de la contraparte contractual.

Con ello se quiere conseguir que el franquiciado que sustituya al anterior cumpla con las características que el franquiciador viene exigiendo a los potenciales franquiciados con los que contrata.

Es extremadamente importante que el franquiciado sea consciente en el momento precontractual de su vinculación con el franquiciador en este sentido y de la imposibilidad de subentrada automática de un tercero en su posición contractual, así como del hecho de que su condición de franquiciado no le habilita a ejercer como franquiciado principal y a conceder por sí mismo franquicias.

Cabe agregar que, la ley no impone una forma concreta de suministrar esta información, cuyo contenido en cada caso tendrá tantas variaciones como contratos y partes existen. Pero no puede desconocerse que el legislador ha hecho especial hincapié en esta cuestión por lo que siempre será mejor dar más información de la debida, que ocultar aspectos exigidos por la norma. En la práctica tales omisiones son alegadas como causantes de vicios de la voluntad susceptibles en última instancia de servir de base a una acción de anulabilidad del contrato.

En este sentido, será de enorme utilidad facilitar el oportuno dossier de información precontractual acompañado –a ser posible- de un borrador del futuro contrato de franquicia, poniendo especial cuidado en que el receptor de la información acuse recibo de la misma.

Como se ha apuntado más arriba, también el candidato viene obligado a desplegar buena fe en esta fase y comunicar datos veraces en cuanto los mismos resulten esenciales para la formación del consentimiento contractual y tengan que ver con el círculo obligacional que se constituirá en virtud del futuro contrato.

### 3.1.1.9 Deber de Confidencialidad

Es bien conocido el deber del franquiciado de guardar y hacer guardar, incluso después de la extinción del contrato de franquicia, de cuantos conocimientos haya adquirido debido a los elementos materiales e inmateriales que conforman el know how o saber hacer, experimentado y desarrollado por el franquiciador; pero, además el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del mismo porque se ve en la obligación de comunicar información relevante y para proteger su singular posición.

El artículo 4 del RD 2485/1998 le reconoce el derecho a exigir un deber de secreto al posible franquiciado. Normalmente, este deber aparece bajo la forma de cláusulas en numerosos contratos (asistencia técnica, transferencia de tecnología, etc.). Es lógico que la buena fe obligue a ambas partes a un deber recíproco de guardar secreto acerca de las informaciones recibidas en el transcurso de las negociaciones.

Si el contrato llega a celebrarse contendrá a su vez una cláusula de confidencialidad y si posteriormente se produce un aprovechamiento indebido de los datos comunicados al franquiciado confidencialmente, nos encontraremos con una violación del contrato de franquicia, no de ninguna norma imperativa o del deber de guardar secreto impuesto en las negociaciones previas, cuya virtualidad concluirá en el momento de la celebración del contrato o en el caso de que éste no llegue a celebrarse, en el plazo establecido precontractualmente, o a falta de éste, en el que sea razonable atendiendo a las exigencias de la buena fe.

Al no existir previsión en el artículo 62 LOCM que ampare el deber contractual de confidencialidad previsto en el artículo 4 del Real Decreto

2485/1998, no podrá imponerse, al potencial franquiciado infractor del mismo, sanción alguna de tipo administrativo de las previstas en dicha ley, por falta de cobertura legal al potencial franquiciado infractor del deber de confidencialidad contractualmente asumido. El régimen de tratamiento de esta cuestión es, por tanto, claramente y exclusivamente privado.

#### 3.1.1.10 Registro de Franquiciadores

El número 2 del artículo 62 LOCM impone a los franquiciadores que desarrollen su actividad en España, la obligación de inscribirse en un Registro administrativo y público creado a tales efectos y que, actualmente tras la reforma operada por el RD 419/2006 del 7 de abril, depende orgánicamente de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 5.2 Real Decreto 2485/1998).

El Reglamento autoriza a que la llevanza del registro pueda realizarse en soporte informático, a través del cual recibirá los escritos y comunicaciones de los órganos competentes de las comunidades autónomas donde tenga su domicilio el franquiciador, hayan o no creado su propio Registro de franquiciadores, que son los encargados de recibir las solicitudes de inscripción y las comunicaciones de alteración de los datos inscritos.

El registro de franquiciadores sólo recibirá directamente las solicitudes de inscripción y comunicaciones que procedan de franquiciadores que no tengan domicilio en España. Si se crean los Registro autonómicos de franquiciadores y se establecen criterios distintos del domicilio para delimitar quién está obligado a inscribirse en ellos, puede que en el futuro, salvo que se establezca una regla específica al respecto, los franquiciadores no domiciliados en España puedan tener que inscribirse también en los Registros autonómicos.



En cuanto a las funciones del Registro, hay que decir que la función principal es la inscripción de los franquiciadores en dicho registro y se realiza a los solos efectos de información y publicidad junto a la de hacer públicos los datos inscritos en él. Por ello es preciso aclarar ( y así lo ha venido haciendo la jurisprudencia) que la no inscripción en el Registro sólo puede tener consecuencias administrativas en cuanto que el artículo 62.2 LOCM es una norma administrativa, no afectando al contenido de las obligaciones contractuales.

En el Registro de Franquiciadores estatal deberán inscribirse, con carácter previo al inicio de su actividad de ofrecer estipular contratos de franquicia a potenciales franquiciados, identificada por el Reglamento como actividad de “cesión de franquicia”, las personas físicas o jurídicas que pretenden desarrollar en España esta actividad cuando se vaya a ejercer en el territorio de más de una comunidad autónoma.

Al inscribirse al franquiciador se le asignará una clave individualizada de identificación registral que se notificará a las comunidades autónomas (art. 6 “a”). El Registro podrá expedir certificaciones acreditativas de los franquiciadores inscritos y de su correspondiente clave de identificación registral (art. 6 “d” del Real Decreto 2485/1998), que le permitirán acreditar al franquiciador que ha cumplido con el deber de inscripción.

De otro lado, el Registro tiene como función hacer públicos los datos registrados. Función que cumple a través de dos vías: dando acceso a la información registral a los órganos administrativos que lo soliciten (art. 6 “e”) y suministrando a las personas interesadas la información de carácter público que se le solicite relativa a los franquiciadores (art. 6 “f”).

Además, el Registro de franquiciadores tiene como función actualizar periódicamente la relación de los franquiciadores inscritos en el Registro y de

los establecimientos franquiciados, con los datos aportados por las Comunidades Autónomas y elaborar estadísticas por agregación y tratamiento de los datos que figuran en sus bases.

Las solicitudes de registro, así como las comunicaciones de modificación de datos que viene obligado a realizar el franquiciador deben presentarse ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde tenga su domicilio (arts. 7 y 8 del Real Decreto 2485/1998).

Los franquiciadores inscritos en este registro deberán comunicar a las Comunidades Autónomas competentes por razón de su domicilio cualquier alteración en los datos, en el plazo máximo de tres meses desde que se produzca, y el cese en la actividad franquiciadora en el momento en que tenga lugar.

Asimismo, con carácter anual, y durante el mes de enero de cada año, los franquiciadores comunicarán a la Comunidad Autónoma correspondiente los cierres o aperturas de los establecimientos, propios o franquiciados, producidos en la anualidad anterior.

Los datos objeto de inscripción, que deberán ser aportados por el franquiciador, son los siguientes:

*a) Identificación del Franquiciador*

El registro de franquiciadores es un registro de empresarios<sup>(53)</sup>. Los datos de identificación que constan en el Registro de franquiciadores permiten únicamente la identificación formal de éste pero en modo alguno que el potencial franquiciado forme una opinión sobre él, y tampoco que la Administración pública pueda realizar cualquier tipo de control tomando en cuenta los mismos.

Tan sólo deberá constar el nombre o razón social del franquiciador, sin mencionar la denominación social cuando se trate de sociedades capitalistas, su domicilio, los datos de inscripción en el Registro Mercantil, con la salvedad de que no existe la obligación de comunicar los datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando el franquiciador como persona física no esté inscrito en éste, y el número o código de identificación fiscal.

Si quien solicita la inscripción es un franquiciado principal, deberá acompañar algunos datos de identificación de su franquiciador, en particular nombre, razón social y domicilio, así como su forma jurídica y la duración del acuerdo de franquicia principal, tal como está establecido en el artículo 7 del Real Decreto 2485/1998.

#### b) *Derechos de Propiedad Industrial o Intelectual*

La solicitud de registro debe incluir la denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto del acuerdo de franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o los derechos de licencia de uso sobre los mismos, así como su duración y eventuales recursos.

#### c) *Descripción del Negocio objeto de la franquicia*

Junto a los datos referidos a la identificación del franquiciador y a los derechos de propiedad intelectual e industrial objeto de franquicia debe inscribirse también una descripción del negocio objeto de la franquicia que

---

<sup>53</sup> “El franquiciador es siempre empresario puesto que lo que transmite al adquirente es el uso de un modelo de empresa, creado y explotado por él, directamente o a través de un contrato de pilotaje estipulado con un tercero, en funcionamiento y con vocación de continuidad. Así podemos deducirlo claramente de las obligaciones que le imponen en cuanto a las mejoras de los métodos usados por éste y por lo franquiciados. En efecto el franquiciador, soporta en los contratos de franquicia la obligación de comunicar al franquiciado todas las innovaciones que permitan una mejor explotación de la empresa franquiciada, que pasarán a integrarse en el modelo de empresa cuyo uso ha sido temporalmente transmitido. Estas innovaciones deberán necesariamente haber sido previamente experimentadas con éxito por el franquiciador en la empresa piloto.”. RUIZ P., Juan I.: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Aranzadi Editorial, Navarra – España, 2000. p. 231.

según lo dispuesto en la letra “c” del artículo 7 del Real Decreto 2484/1998 deberá realizarse mediante una memoria explicativa de la actividad.

Además deberán aportarse para su inscripción una serie de datos relativos a la red franquiciada, que quizá constituyen la información de mayor utilidad de las registradas. En particular deberá indicarse el número de franquiciados con que cuenta la red y el número de establecimientos que la integran, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de “cesión de franquicia”, con indicación del municipio y provincia en que se hallan ubicados, así como los franquiciados que han dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años.

Este último dato, que debe ser puesto también de manifiesto en los tratos preliminares al potencial franquiciado, es de singular relevancia, puesto que puede permitir al futuro franquiciado hacer una primera valoración rápida del éxito de la fórmula si el deber de comunicación al registro es cumplido debidamente por el franquiciador.

### 3.1.2.- Normativa Autorreguladora

Las normas de autorregulación existen en una gran cantidad de sectores de la actividad económica, y entre ellos en la franquicia. Dichas normas suelen ser consecuencia de la práctica inadecuada por un grupo de profesionales o empresarios de la actividad económica no regulada por el ordenamiento jurídico positivo a la que se dedican.

Ante ellos los profesionales o empresarios más responsables de entre los que se dedican a dicha actividad tratan de definir las reglas mínimas que permitirían ejercer la misma adecuadamente, tomando muy en cuenta la experiencia previa, esto es la conducta inadecuada del grupo de competidores antedicho.

La normativa de autorregulación surge por un lado, de la conciencia que los profesionales o empresarios más responsables de un sector adquieren sobre los daños que la conducta inadecuada de algunos de sus competidores causa a terceros, y de la conciencia de su consecuencia directa el descrédito de la actividad que más temprano o tarde afectará a todos aquellos que se dediquen a la misma, y por tanto a los propios promotores de la norma de autorregulación, salvo que su imagen de marca sea tan fuerte y acreditada que pueda desvincularse de lo que suceda al resto de los competidores.

Por otro lado la normativa de autorregulación tiene un carácter preventivo o profiláctico contra una posible regulación emanada del legislador o del titular del poder reglamentario.

En todo caso, para que la normativa de autorregulación tenga éxito, esto es sea efectiva, es preciso que quienes se vean afectados por ella se vean realmente motivados a cumplirla. Para ellos es preciso que la consecuencia que lleve aparejada el incumplimiento sea relevante para el potencial incumplidor.

También suelen ser efectivas las normativa de autorregulación que integran una ventaja competitiva para quienes cumplen sus normas, por ejemplo el uso de un signo distintivo, una marca colectiva, etc., prestigiado socialmente que le permita presentarse en el mercado o ante sus futuros contratantes como un operador que cumple estándares de calidad, honradez y seriedad, u otros valores positivos asociados al signo a cuyo uso da acceso el cumplimiento de la normativa de autorregulación.

Pero existen muchos casos en que la normativa de autorregulación no tiene gran efectividad, especialmente cuando la consecuencia de su incumplimiento es únicamente la exclusión o la no admisión en una

asociación, y ésta no goza de ninguna reputación específica en el mercado que facilite a sus miembros una ventaja competitiva respecto a los no asociados a ella.

En el sector de la franquicia existe una larga tradición de asociacionismo. Estas organizaciones se caracterizan por tratarse de asociaciones de Derecho privado, por ser asociaciones de empresarios, por ser asociaciones mixtas de las que forman parte tanto franquiciadores como franquiciados, donde no es obligatoria la pertenencia a las mismas para el ejercicio de la actividad económica como franquiciador o franquiciado, por organizar sistemas de arbitraje de los litigios existentes entre sus miembros, y en último lugar por promulgar una normativa de autorregulación bajo la forma de un Código de Deontología.

Su eficacia y valor jurídico es muy variada y depende de los casos y de las culturas jurídicas en que la norma de autorregulación se integra. En todo caso nunca debe ser confundido con una norma jurídica positiva ni con una costumbre. Todos los códigos incluyen una noción de franquicia para delimitar su ámbito de aplicación.

De otra parte el Código de Deontología puede llegar a tener trascendencia externa, más allá del límite de la propia asociación que lo aprobó y sus miembros, en la medida en que sus estipulaciones puedan ser consideradas por los jueces como estándares de buena fe en el ejercicio de la actividad de franquiciar.

Ello permitiría crear sobre esa base una jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual fundada en la regla en virtud de lo cual los contratos no obligan tan sólo a los expresamente pactado, sino a todo lo que de los mismos se desprende de acuerdo con las reglas de la buena fe.

### 3.2.- Normativa aplicable a la Franquicia en Venezuela

En el caso de Venezuela, el franquiciante está en la obligación de suministrar información adecuada al potencial franquiciado sobre los distintos temas de la franquicia que le será concedida, que le permita evaluar de justa manera el negocio que quiere iniciar. No puede el franquiciante ampararse en su silencio o reticencia, en explicaciones confidenciales previas a la celebración del contrato, o en oscuras disposiciones contractuales, que oculten una intención manifiesta de beneficiarse de esas imprecisiones y hacerle soportar al franquiciado cargas que éste no podría prever, o no podría evaluar, en su verdadera intensidad.

Además, que durante la vida del contrato, el franquiciante más allá de lo que está específicamente previsto en el texto contractual firmado por ambas partes, está en la obligación de ejercer los derechos que posee con cautela de manera que no perjudique al franquiciado y le permita a éste no sólo cumplir con las obligaciones que el contrato le impone, sino también obtener el provecho razonable que tiene derecho a esperar.

El de franquicia forma parte de los contratos que podemos denominar de *mutua cooperación*, siendo siempre un contrato de mediano o largo plazo donde las partes conviven y el éxito depende de la colaboración y lealtad que ambos se demuestren. Por lo que ambas partes se necesitan y el éxito de ambas depende del crecimiento y la multiplicación de las ventas de los productos y servicios que son objeto de franquicia.

Sin duda el franquiciado necesita más que nadie de su franquiciante, de su ayuda, de sus acciones positivas para la consecución de los objetivos que el franquiciado persigue. Por tanto, si el franquiciante actúa en menoscabo de su contraparte, invadiéndole sus actividades o territorio,

puede llegar a negarle aquello que le ha concedido, aún si en el contrato quedó facultado para ello. Por tanto, es preciso que exista un límite o medida, y es allí donde el franquiciante queda cercado por la buena fe en el sentido del artículo 1.160 <sup>(54)</sup> del Código Civil venezolano.

En ocasiones las partes escogen la ley venezolana como ley aplicable al contrato. Esta escogencia es plenamente válida porque Venezuela, al igual que la mayor parte de los países del mundo que están en nuestra tradición jurídica, aceptan como plenamente válida tal selección hecha por las partes. Tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, limitado únicamente por disposiciones de orden público y exigencias de buenas costumbres, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6º del Código Civil venezolano.

La validez de esta escogencia está plenamente amparada en el caso venezolano por el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, suscrita en México y ratificada por Venezuela en 1995 <sup>(55)</sup>. Dicha norma establece:

“El contrato se rige por el derecho elegido por las partes...”

A la vez el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, adoptó un criterio semejante y dispone:

“Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

Al escogerse la ley venezolana las partes no solo optan por los textos de Derecho positivo venezolano sino que también hacen suyas las otras

---

<sup>54</sup> Artículo 1.1160 Código Civil Venezolano: “Los Contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

<sup>55</sup> Esta publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela, Nro. 4.974, de fecha 22 de septiembre de 1995. Únicamente ratificada por México y Venezuela.



fuentes subsidiarias o secundarias del Derecho como son la jurisprudencia nacional e internacional, la doctrina venezolana y extranjera que se emite sobre aspectos donde coinciden los sistemas jurídicos y, también los principios y tradiciones propias de los sistemas llamados de derecho civil que tiene como una de sus vertientes principales el Código Civil francés. Agréguese los usos y costumbres mercantiles.

Esto tiene su respaldo en lo dispuesto en los artículos, 10 de la Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, que de manera idéntica disponen:

“Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Hay discusión en la doctrina venezolana acerca de cuáles son dichos principio. Algunos dan cabida a lo que el Profesor francés Berthod Goldman denominó *lex mercatoria* y que él definió como “un cuerpo de principios generales y costumbres creadas de manera espontánea dentro del marco del comercio internacional, sin que ellas se refieran a un sistema jurídico nacional específico.”

La compilación de estos principios generales es una de las tareas que cumple UNIDROIT, institución que ha publicado los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. La última versión de este texto es de 2004.

Los Principios UNIDROIT destacan el principio de buena fe en el cumplimiento de obligaciones contractuales de manera destacada en varias

de sus normas <sup>(56)</sup>: El artículo 1.7 establece el deber de buena fe para las partes en contratos comerciales internacionales y destaca que es un principio inderogable; el artículo 3.8 permite la anulación de un contrato cuando ha habido reticencia dolosa de información que una de las partes ha debido comunicar a la otra; el artículo 3.10 permite al juez, luego de la solicitud hecha por la parte afectada, ajustar el contrato a las exigencias de la buena fe cuando una de las cláusulas contractuales le confiere una ventaja excesiva a la otra parte; el artículo 5.12 indica que en los contratos hay cláusulas implícitas que no aparecen de manera específica y que derivan de la buena fe y de la razonabilidad que vincula de manera necesaria a las partes.

Cabe destacar, que a diferencia de otros mercados como Brasil, España y EEUU, donde está más desarrollada la franquicia, en el Ordenamiento Jurídico Venezolano no existe una Ley Especial que regule las relaciones entre las partes derivadas del Contrato de Franquicia de forma particular, aunque esto no implica que exista un vacío legal que obstaculice el desarrollo de este tipo de negocios en el mercado nacional, pues existen diferentes instrumentos legales que permiten la regulación de dicha actividad como son: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), El Código de Comercio (1955), El Código Civil (1982), La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (1982), La Ley de Propiedad Industrial (1956), La Ley Sobre Derecho de Autor (1993), El Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias (Profranquicias) (1999); así como los Convenios Internacionales suscritos por la República.

---

<sup>56</sup> <http://www.unidroit.org/french/principales/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

### 3.2.1.- Normativa Interna

Aún cuando el constituyente patrio de 1999 no estableció taxativamente un régimen aplicable a los contratos de franquicias, se tiene conocimiento de que existen y están vigentes una serie de normas, en nuestro ordenamiento jurídico, que regulan las relaciones que nacen en razón de la suscripción del contrato, celebrado entre el franquiciador y el franquiciado, y de éstos frente a terceros.

En este sentido, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece. “Que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad comercial de su preferencia...”, por lo que se puede afirmar que no existe ninguna norma que prohíba la celebración de un contrato de franquicia, teniendo en cuenta que la franquicia es un contrato mediante el cual un propietario de cierta procedencia comercial, quien es el otorgante de la franquicia o franquiciador, conviene con un tercero quien es el desarrollador de la prestación de esos servicios de una manera rápida y sin la utilización de dineros o fondos públicos. Las franquicias no corren los riesgos del negocio tradicional, iniciado a pulso por los emprendedores, pero si los riesgos propios de cualquier asociación.

Otro fundamento legal a considerar en esta investigación es el Código de Comercio (1955), que fue considerado como fundamento teórico por la regulación de las obligaciones, las formalidades que exigen y los medios de prueba admitida, y en el que se establece en su artículo 3 que: “Se repuntan actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, sino resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil”.

Se evidencia cómo en este Código se aplican normas contenidas en el Código Civil (1982) en los casos que no estén especialmente resueltos en él,

las cuales suplen el silencio de la ley y cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o a una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudentemente los jueces de comercio.

De igual forma, se establecen en el Código de Comercio, los principios relativos a la actividad mercantil o comercial en general y hace mención de la costumbre mercantil como fuente del derecho y a su incidencia en una actividad de esta naturaleza.

En el mismo orden de ideas el Código Civil (1982), se toma en cuenta debido a los principios reguladores del contrato, la capacidad que deben ostentar las partes para contratar y obligarse al mismo, incidiendo este código en los derechos y deberes de las partes contratantes.

Otra ley a considerar es la Ley de Procompetencia (1992), la cual busca promover y proteger el ejercicio de la libre competencia publicada en Gaceta Oficial Nro. 4353 extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 1991 y reimpressa en Gaceta Oficial Nro. 34.880 de fecha 13 de enero de 1992. Su objetivo principal es “Analizar los contratos de franquicias conforme a la regla de la razón, considerando siempre si los mismos contribuyen a mejorar la producción, la comercialización y la distribución de bienes y la prestación de servicios a promover el progreso técnico o económico...” (Artículo 7).

De igual forma se exponen otros artículos como el 112, 113 y 114, cuya finalidad en general es permitir el desarrollo de las libertades económicas, de forma tal, que se logre un equilibrio entre su ejecución y el bienestar de las demás personas. Así el derecho de unas, encuentra sus límites y el derecho de las otras, y la buena fe. Atendiendo a estos principios y preceptos la norma establece conductas prohibidas en forma general y

otras de carácter particular, mediante las cuales sólo se prohíben conductas específicas.

Asimismo fue publicado en Gaceta Oficial Nro. 35.202, de fecha 3 de mayo de 1993 el Reglamento Nro. 1, el cual se encarga de desarrollar y establecer las conductas que no sean consideradas restrictivas de la libre competencia; las conductas prohibidas que podrán ser autorizadas por la superintendencia de Procompetencia, cuando consideren que revisten en beneficio o ventaja para los consumidores o usuarios; señalar aquellas conductas o prácticas que no podrán ser autorizadas por la Superintendencia de Procompetencia, por considerar que bajo ninguna circunstancia pueden beneficiar a los consumidores.

Otra Resolución a considerar en esta investigación es la Nro. SPPL/036-95, que fue creada el 28 de agosto de 1995 y publicada en Gaceta Oficial Nro. 35-801, de fecha 21 de septiembre de 1995: donde se excluye de la prohibición contenida en el artículo 10, ord. 3º de la Ley Procompetencia a los contratos de distribución. Aún cuando esta resolución emanada de la Superintendencia de Procompetencia, no trata especialmente del contrato de franquicia, muchas de las disposiciones previstas pueden aplicarse, pues no debe olvidarse que muchos de estos contratos presentan aspectos de los contratos de distribución y la propia evolución del contrato de franquicia pasa por estos.

Hecha la observación anterior la Resolución Nro. SPPLC-038-99, a través de la Superintendencia de Procompetencia promulgó los lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia, esta resolución es adoptada en desarrollo del artículo 18 de la Ley de Procompetencia, que permite la realización de actividades, en principio prohibidas, como las representaciones territoriales exclusivas, y las franquicias con prohibiciones de comercios con otros productos, bajo ciertas condiciones.

La Ley de Propiedad Industrial (1956), fue publicada en Gaceta Oficial Nro. 25.227 del 10 de diciembre de 1956, debido al conjunto de derechos de propiedad industrial e intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseño, know-how o patente, que debieran explotarse para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, involucrados en el contrato de franquicia, se hace necesario revisar las disposiciones pertinentes contenidas en esta ley.

Esta Ley establece que:

“Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica que permita a la persona a quien se le concede poder producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, con el fin de mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios que ésta distingue”. (Artículo 62).

De igual forma se instaura:

“Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, previo a la celebración del convenio respectivo, a la información relativa sobre el estado de su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley, a menos que las partes acuerden lo contrario”. (Artículo 63).

En este mismo orden y dirección, la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial Emanada de la Comunidad Andina: parte de la premisa que el franquiciante deberá ser el titular de la marca, del derecho que confiere a los franquiciados, para el uso de las marcas y demás elementos que identifican al sistema, la Decisión 486 se inclina específicamente por las licencias de uso de marcas en sus artículos 162, 163

y 164, estableciendo que el titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva, sus disposiciones son de aplicación preferente sobre las normas nacionales y constituye ley interna desde el momento de su promulgación por el ente comunitario, conforme lo establece el artículo 153 de la constitución vigente.

En ese orden de ideas se pueden citar, los Convenios Internacionales los cuales fueron suscritos por la República, entre ellos: el acuerdo de Marrakech y el Convenio de París, que trata básicamente de normas programáticas que contienen los requerimientos mínimos necesarios para garantizar los derechos de propiedad Industrial en los países que los adoptan.

En efecto la Ley sobre Derecho de Autor (1993) publicada en Gaceta Oficial extraordinario Nro. 4.638: existen contratos de franquicia donde forma parte del acuerdo Obras Protegidas por el Derecho de Autor. La transmisión de los derechos de autor puede darse mediante cesión de los derechos de explotación o a través del otorgamiento de una licencia de uso de éstos derechos. La Ley sobre Derecho de Autor regula en su normativa como debe realizarse la cesión.

Cabe agregar, que la Decisión 291 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinario Nro. 4.284 de fecha 28 de junio de 1991, surge como producto del cambio de políticas adoptadas por la comunidad para el tratamiento de las inversiones extranjeras en la sub-región, con miras a estimular y promover el flujo de capital y de tecnología extranjeras varias, las economías andinas atendiendo a este postulado; se garantiza a los inversionistas extranjeros los mismos

derechos y obligaciones a lo que se sujetan los inversionistas nacionales salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro.

En este propósito el Decreto 2.095 correspondiente al Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, publicado en Gaceta Oficial Nro. 34.930 de fecha 25 de marzo de 1992, establece expresamente en su capítulo X de la importación de tecnología y del uso y explotación de patentes y marcas, que los contratos que proyecten celebrar las empresas extranjeras, mixtas y nacionales, así como las personas jurídicas prudencial, sobre importación de tecnología y sobre el uso y la explotación de patentes y marcas, cuales quiera que sean las necesidades que adopten cuando deban surtir efectos en el territorio nacional, debieran ser presentados para su registro por ante la SIEX.

Resultar oportuno mencionar la Ley de Arbitraje Comercial, la cual se hace necesario incluirla no sólo por la tendencia nacional e internacional al uso de medios alternativos de solución de conflictos en todos los ámbitos, sino porque es la práctica, se ha observado la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos de franquicias. Por la naturaleza misma del contrato y de las materias que regula, no existen argumentos jurídicos que impidan la utilización del arbitraje como medio escogido por las partes para la resolución de las disputas que pudieran generarse entre ellos.

En este mismo sentido, el Código de Ética de la Cámara Venezolana de Franquicias (Profranquicias), si bien no es una ley desde el punto de vista material, relevante incluirla por qué sirve de base para la regulación del contrato de Franquicia en nuestro ordenamiento jurídico. Fue elaborado por la cámara siguiendo los postulados del código propuesto por la asociación Europea de franquicias, entrando en vigencia a partir del 1º de enero de 1.999 y siendo vinculante para los miembros de Profranquicias.



En ella se contemplan las obligaciones del Franquiciante y el Franquiciado en caso de controversia, de manejo de publicidad, del proceso selectivo de Franquiciados, del contenido del contrato de franquicia, las condiciones de pago de la Franquicia, duración de la relación comercial, entre otros aspectos.

Otro aspecto que habría que incluir es a todo el sistema laboral venezolano partiendo obviamente por la propia Ley del Trabajo y su Reglamento, pero también la Ley del INCE, Seguro Social, Política Habitacional, etc. Ya que toda actividad independiente de índole mercantil en la que sea necesaria la contratación de personal debe insertarse dentro de las condiciones legales laborales existentes.

Asimismo, el Sistema Tributario, y se menciona todo un sistema porque no se trata de una Ley determinada la que aplicaría, sino más bien el conjunto de Leyes y Ordenanzas que impactan tradicionalmente a un negocio operado bajo el formato de franquicia, y solo por mencionar los impuestos más tradicionales regulados por sus respectivas leyes como son el Impuesto Sobre la Renta (ISLR), el Impuesto a los Activos Empresariales, el Impuesto al Valor Agregado (IVA), Patente de Industria y Comercio (PIC), entre otros.

En el mismo orden de ideas, se tiene la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (2010), cuyo objeto es la defensa y protección de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, a través de cualquiera de los sujetos económicos integrantes de la cadena de producción, fabricación, importación, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.

### 3.2.2.- Normativa Autorreguladora

La elección de regular o no un contrato en la actualidad, obedece a varios factores, donde la sensación de riesgo entre los que habitualmente utilizan el contrato influye notablemente en la regulación del mismo. Si los operadores económicos que lo utilizan tienen una alta sensación de riesgo, las posibilidades de solicitar al legislador su intervención son más altas.

En Venezuela el sistema de franquicia no está regido por una ley específica que regule la actividad de ese formato comercial y de negocio, la ausencia de esta ley pudiera ser un factor de inseguridad, temores y perjuicios para todos los agentes económicos que participan en su mercado.

Para determinar los principios, extensión y contenido de la regulación del contrato de franquicia hay que partir de los problemas que en la práctica plantea, derivado de su peculiar naturaleza y causa, esto es de las funciones económicas que a través del mismo se pretenden satisfacer.

Claro está que el temor legítimo relativo al buen proceder de las empresas franquiciantes, su responsabilidad de vender formatos eficientes, basados en estructuras reales y fórmulas viables, no se elimina ni con la normativa actualmente existente en Venezuela ni con Ley alguna, ya que como toda opción de inversión, las franquicias también manejan márgenes de riesgos que inevitablemente hay que considerar. Se trata del mismo temor que suele estar presente al iniciar cualquier tipo de negocio, que implique la colocación de capital y esfuerzo para una actividad económica determinada.

Aún cuando nuestra tradición jurídico cultural es claramente intervencionista, reguladora y legalista, exigiéndose siempre al legislador o al titular del poder reglamentario que sea él quien introduzca la solución a través de la promulgación de nuevas normas jurídicas, sin dejar que sea la sociedad quien de forma organizada, a través del nacimiento de un nuevo

uso de comercio, u organizada, a través de las normas de autorregulación profesional resuelvan el problema planteado.

Actualmente en Venezuela ya se han mencionado ciertas intenciones de trabajar sobre un proyecto de Ley de Franquicias, sobre lo cual habría simplemente que determinar su verdadera necesidad, y de existir elementos suficientes, determinar en qué medida y detalle se desarrollaría su contenido. Sin pretender un juicio de valor sobre esta idea, sí afirmamos que hoy día no aparenta existir al menos urgencia jurídica al respecto, y de prevalecer la idea, su contenido debería ser lo suficientemente delicado y sutil como para equilibrar la función natural del mercado y no establecer obstáculos que, contenidos en un instrumento legal, serían mucho más difíciles de corregir.

Es en este aspecto en el que la actividad gremial, particularmente la excelente labor que viene realizando la Cámara Venezolana de Franquicias PROFRANQUICIAS, toma una importancia relevante. No es más que una institución sin fines de lucro que tiene como miembros al 85% aproximadamente, de las empresas franquiciantes de Venezuela, en aras de procurar la promoción y protección correcta del sector en el país.

Como normas internas, ha desarrollado procesos de admisión con elementos de análisis instrumental sobre las empresas, para así indicarles indirectamente a los inversionistas que sus miembros, por lo menos cumplen con las formalidades estructurales como para considerarlas franquiciantes. Aunque ello no garantiza que una empresa funcione y opere mejor que otra, o que a pesar de contar con los instrumentos no los utilicen debidamente, pero al menos constituye un elemento de guía y un indicio empírico de confianza.

Igualmente la Cámara mantiene un Código de Ética de obligatorio cumplimiento entre sus miembros y cuyas violaciones pueden conllevar a la

suspensión y/o expulsión de los mismos. Ello con la finalidad que las empresas se sientan gremialmente constreñidas al buen proceder. Y entre muchas más actividades gremiales, quizás la más importante ha sido educar al ciudadano venezolano sobre el concepto de franquicia, ya que no hay nada más peligroso que participar en aventuras desconocidas, evocando así el principio de investigar y averiguar antes de invertir, para que la posible decisión de comprar una franquicia determinada este, por lo menos amparada en una información previa y suficiente como para minimizar el riesgo de contratar un formato ineficiente.

Teniendo en cuenta la importancia medular del deber de información previa y veraz que debe efectuar el franquiciante, cualquier proyecto de ley que trate a este contrato debe legislar lo relativo a la etapa precontractual en el contrato de franquicia y especialmente lo que hace a la oferta pública de franquicias y la información previa que se debe brindar al postulado como franquiciado, respecto del éxito probado del negocio.

Quizá una propuesta podría consistir en modificar la norma del proyecto, regulando en detalle la oportunidad y el contenido mínimo de la información previa que debe suministrar el franquiciante a cualquier candidato a tomador de la franquicia.

La otra alternativa, podría ser, dictar una ley que sea la que se ocupe de detallar circunstanciadamente las dos cuestiones antes referidas, actuando entonces, la norma del código como un piso de protección dictándose normas especiales reglamentarias que establezcan el detalle más preciso de las obligaciones de información previa en sus aspectos temporales, de forma y de contenido informativo.

## **Esquema del Trabajo de Investigación:**

- 1. Título**
- 2. Introducción**
- 3. Objetivos**
  - **Objetivo General**
  - **Objetivos Específicos**
- 4. Preguntas de la Investigación**
- 5. Marco Teórico**

## **CAPITULO I- El Contrato de Franquicia en la Doctrina Mercantil Internacional**

5.1.- Antecedentes

5.2.- Definición Doctrinal

5.3.- Definición Legal

5.4.- El Contrato de Franquicia o Franchising según la Doctrina Jurisprudencial

5.5.- Caracterización Jurídica del Contrato de Franquicia

5.6.- Elementos Subjetivos y Objetivos del Contrato de Franquicia.

5.6.1 Elementos Subjetivos

a) El Franquiciante o Franquiciador

a.1 Obligaciones

a.2 Derechos

b) El Franquiciado

b.1 Obligaciones

b.2 Derechos

5.6.2 Elementos Objetivos

a) Patentes y signos distintivos

b) El Know-How (Saber Hacer)

c) El Precio

d) Fuentes de Aprovisamiento

## **CAPITULO II- La Naturaleza de la Fase Precontractual en el Contrato de Franquicia según la Doctrina Mercantil Internacional**

### 2.1.- Fases Contractuales

2.1.1 Fase Precontractual – Definición

2.1.2 Momento de Perfección

2.1.3 Vigencia del Contrato

2.1.4 Extinción del Contrato

### 2.2.- Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia

2.2.1.- Delimitación

2.2.2.- Deberes precontractuales de las partes

2.2.2.1.- Obligación de Actuar de Buena Fe

2.2.2.2.- Obligación de Información

2.2.2.3.- Obligación de Lícita publicidad

2.2.2.4.- Obligación de Registro

2.2.2.5.- Obligación de Secreto

2.2.2.6.- Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa

### 2.3.- Responsabilidad precontractual en el Contrato de Franquicia

### 2.4.- Daños Indemnizables

## **CAPITULO III- La Regulación Legal que en Materia de Tratos Preliminares Existe para los Contratos de Franquicia en la Legislación Española y Venezolana.**

### 3.1.- Normativa aplicable a la Franquicia en España

#### 3.1.1.- Normativa Interna

3.1.1.1 Código Civil Español

3.1.1.2 Derechos y Obligaciones de ambas partes

3.1.1.3 Duración del Contrato

3.1.1.4 Condiciones de resolución

3.1.1.5 Condiciones de renovación

3.1.1.6 Contraprestaciones económicas

3.1.1.7 Pactos de exclusivas

3.1.1.8 Limitaciones a la libre disponibilidad del negocio objeto de franquicia

3.1.1.9 Deber de Confidencialidad

3.1.1.10 Registro de Franquiciadores

a) Identificación del Franquiciador

b) Derechos de Propiedad Industrial o Intelectual

c) Descripción del negocio objeto de la franquicia

#### 3.1.2.- Normativa Autorreguladora

### 3.2.- Normativa aplicable a la Franquicia en Venezuela

3.2.1.- Normativa Interna

3.2.2.- Normativa Autorreguladora

## **6. Conclusiones**

## **7.- Referencias Bibliográficas, Electrónicas y Legales**



## **6.- Conclusiones**

El formato de franquicia ha sido una modalidad de negocios que, desde los años 50, se ha consolidado cada vez más en estructuras estandarizadas. Con ello se asevera el hecho que las franquicias, en el sentido moderno con que se les concibe, se han basado en esquemas operativos cada vez mas similares, llegando incluso a solidificarse en una figura comercial propia y hasta cierto punto jurídica.

En la fase de tratos preliminares conseguimos diferenciar dos clases de elementos: uno objetivo y otro subjetivo. En el primero de ellos se engloban todas las actuaciones de las partes dirigidas a la formación del contrato (reuniones, proyectos, viajes, estudios, etc.) y es inseparable de la relación social que establece el soporte de las negociaciones precontractuales. El segundo elemento, el subjetivo, es derivación inmediata de los principios rectores del ordenamiento jurídico; de esta manera quienes actúen en esta fase precontractual han de ajustar su conducta al criterio de la buena fe.

Si bien es cierto que entre las personas intervinientes en las negociaciones no existe una verdadera relación jurídica, estas se hallan vinculadas por ciertos deberes: han de proceder de buena fe y con la lealtad requerida por las convicciones éticas imperantes en el momento en que se mantengan los contactos. De la violación de este segundo componente de los tratos preliminares se derivará la denominada responsabilidad precontractual.

Existe, de acuerdo a lo expresado, un elemento objetivo de buena fe presente en todo contrato y también en la etapa precontractual, caracterizado por ser una faz de la contratación de la que no podemos desentendernos y que tiene un dominio del proceso en su totalidad. Tiene esta etapa de buena

fe objetiva, la peculiar característica de ser comprobable a través del desarrollo de los tratos, esto gracias a una sucesión de eventos tales como diálogos, exploraciones, propósitos, valoraciones y todo acto prenegocial en general. Devela en quien desarrolla los tratos, la intención de contratar o al menos integrar el proceso conducente al contrato proyectado.

Concurre también, en toda etapa prenegocial, el elemento subjetivo de la buena fe, sujeta a los principios directores del ordenamiento jurídico y que es reconocible como aquella que ha de regir en todo momento la tratativa preliminar. Este elemento subjetivo es el determinante de la responsabilidad precontractual y corresponde a la conducta desplegada y su mayor o menor cercanía con la esperada idealmente en alguien que actúa de buena fe.

Los mandatos y prescripciones que demanda la buena fe siempre serán aplicados, no solo al acuerdo contractual, sino también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución. La buena fe, como una norma general, es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal, que se reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el proceso de formación y construcción.

El de franquicia, es un contrato por medio del cual el franquiciador autoriza al franquiciado a usar un modelo de empresa, el propio o el desarrollado en la franquicia piloto, que debe generar beneficios tanto para el franquiciado como consecuencia de la explotación de la empresa de la que es titular siguiendo el modelo cuyo uso se ha autorizado.

Para el cumplimiento de esta función, es imprescindible que el franquiciado pueda reproducir fielmente el modelo de empresa franquiciado y ponerlo en funcionamiento de acuerdo con las pautas que rigen el funcionamiento de la empresa del franquiciador.

Ahora bien, los Contratos de Franquicia presentan numerosos problemas en la práctica. No hay normas que estipulen que un franquiciador puede asegurar a los franquiciados el éxito financiero al firmar el contrato. La realidad es que, los conflictos surgen en cualquier momento, en las diferentes fases del contrato de franquicia: tienen lugar antes de la celebración del contrato, durante la vigencia del mismo y con ocasión de su extinción. Es por ello que, antes de la celebración del contrato, las negociaciones previas a su celebración tienen una importancia especial en cuanto a obtener toda aquella información relevante para ambas partes del contrato: franquiciador y franquiciado, con el fin de conocer todas las cuestiones que puedan afectar su relación negocial.

A diferencia de lo que sucede en otras figuras contractuales, la regulación de los tratos preliminares en el contrato de franquicia ha merecido la atención de legislador español que dedica la mayoría de las escasas normas existentes a la fase precontractual. En efecto, el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 2485/1998, del 13 de noviembre, que lo desarrolla, ha introducido dos deberes básicos, de carácter precontractual, que afectan a quien pretende franquiciar o, dicho de otro modo, a quien intenta la captación de terceros dispuestos a integrarse en su red comercial. Así pues, el franquiciador aspira a conocer todos los datos relevantes del candidato con el fin de averiguar si le interesa o no como franquiciado; mientras que el emprendedor querrá averiguar el mayor número de referencias posibles sobre la actividad franquiciada y la red de franquicias en la que se integrará, para poder decidir si le interesa el negocio.

Mientras que en Venezuela el sistema de franquicia no está regido por una ley específica que regule la actividad de ese formato comercial y de negocio, la ausencia de esta ley pudiera ser un factor de inseguridad,

temores y perjuicios para todos los agentes económicos que participan en su mercado.

Actualmente en Venezuela ya se han mencionado ciertas intenciones de trabajar sobre un proyecto de Ley de Franquicias, sobre lo cual habría simplemente que determinar su verdadera necesidad, y de existir elementos suficientes, determinar en qué medida y detalle se desarrollaría su contenido. Sin pretender un juicio de valor sobre esta idea, sí afirmamos que hoy día no aparenta existir al menos urgencia jurídica al respecto, y de prevalecer la idea, su contenido debería ser lo suficientemente delicado y sutil como para equilibrar la función natural del mercado y no establecer obstáculos que, contenidos en un instrumento legal, serían mucho más difíciles de corregir.

Para concluir, si se tiene en cuenta la importancia medular del deber de información previa y veraz que debe efectuar el franquiciante, cualquier proyecto de ley que trate a este contrato debe legislar lo relativo a la etapa precontractual en el contrato de franquicia y especialmente lo que hace a la oferta pública de franquicias y la información previa que se debe brindar al postulado como franquiciado, respecto del éxito probado del negocio.

## 7.- Referencias Bibliográficas

ARRUBLA P, Jaime: *Contratos Mercantiles III*, 6.<sup>a</sup> ed. Medellín, Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike, 2006.

AZNAR G., Eduardo: *Las Negociaciones o Tratos Preliminares al Contrato*. Valencia-España. Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

BARROS B., Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.

ECHEVARRIA J.: *El Contrato de Franquicias*. Editorial Mc. Graw-Hill, 1995.

FEREZ T. y José Gallástegui: *Las Franquicias, un efecto de la Globalización, 100 Preguntas, 100 Respuestas. La Manera más segura de Hacer negocios*. Editorial Mc. Graw-Hill, 2001.

FERRI, Luigi: *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*. Lima-Perú. Editora Jurídica Grijley, 2004.

HERNANDO J., Aurora: *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid, España. Editorial Civitas, 2000.

MAYORGA T., María C.: *El Contrato Mercantil de Franquicia*. España. Editorial Comares, S.L., 2007.

MELICH O., José: *Doctrina General del Contrato*. 3ra. Edición, Caracas: Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 1997.

MORLES H., Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil Las Sociedades Mercantiles*, Tomo IV. Caracas, UCAB, 2006.

OVIEDO A., Jorge: *La Formación del Contrato: Tratos Preliminares, Oferta y Aceptación*. Editorial Temis S.A., 2008.

RUIZ P., Juan I.: *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. España. Editorial Aranzadi, 2000.

SIURANETA P. David: *Contratos Mercantiles más frecuentes en la Empresa*. Barcelona-España. Editorial Librería Jurídica S.L., 2006.

VENEGAS S., Antonio: *El contrato de franquicia*. XIII Edición. Bogotá. Ediciones Librería El Profesional, 1999.

### **Referencias Electrónicas**

[www.franquicia.us/negocios/empresas/responsabilidad-del-franquiciador-fresno13/03/2011](http://www.franquicia.us/negocios/empresas/responsabilidad-del-franquiciador-fresno13/03/2011)

[www.infrofranquicias.com/cd-5679/responsabilidad-del-franquiciador-frente-a-terceros16/03/2011](http://www.infrofranquicias.com/cd-5679/responsabilidad-del-franquiciador-frente-a-terceros16/03/2011)

<http://www.infofranquicias.com/cd-9585/Conflictos-surgidos-en-fase-precontractual-del-contrato-de-franquicia.aspx18/04/2011>

<http://doctrina.vlex.com.co/vid/ruptura-injustificada-tratos-prenegocial-42562628#ixzz1LCtm7SLf18/04/2011>

<http://www.franquiciasynegocios.com/seccion/ser-franquiciador/conflictos-surgidos-en-fase-precontractual-del-contrato-de-franquicia.aspx 18/04/2011>

ROITMAN, Horacio “La Franquicia. La Ley Modelo De Unidroit”  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> 06/07/2011

ZINGMAN, Nydia “La Responsabilidad del Franquiciante y del Franquiciado”  
<http://www.zingmandominguez.com/documentos/documento34.pdf>06/07/2011

[http://www.indret.com/pdf/719\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/719_es.pdf)

<http://es.scribd.com/doc/6548335/Tema-12-La-Formacion-y-El-Contenido-Del-Contrato>

<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>

<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/responsabilidad-precontractual-obligaciones-356061650>

<http://es.scribd.com/doc/28704307/Lorenzetti-Ricardo-Tratado-de-Los-Contratos-Tomo-II>

<http://es.scribd.com/doc/55445695/Resumen-Completo-de-Contratos>

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/franquicias/consecuencias-del-incumplimiento-de-obligaciones-informativas-al-potencial-franquiciado>

### **Referencias Legales**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000.

Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 475, de fecha 26 de julio de 1955.

Código de Ética Venezolano para las Franquicias, realizado por la Cámara Venezolana de Franquicias (Profranquicias), entró en vigencia a partir del 01 de enero de 1999.

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880, de fecha 13 de enero de 1992.

Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, del 15 de enero, España.

Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.431, de fecha 07 de enero de 2000.

Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la

Libre Competencia, publicado en la Gaceta Oficial N° 35.202, de fecha 03 de mayo de 1993.

Reglamento N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicado en la Gaceta Oficial N° 35.963, de fecha 21 de mayo de 1996.

Real Decreto 2485/1998, del 13 de Noviembre, España.